Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen

• • • • • • • •

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Heinz Weber
Gerichtsreferendar in Gleiwitz.

Druck: G. Stephan Gleiwitz O.-S.
1928.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatsw. Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn.

1. Teil.

Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft.

2. Teil.

Die einzelnen Gebiete der mittelbaren Täterschaft.

Literaturverzeichnis.

1) **Allfeld Ph.:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begonnenen Lehrbuchs. Leipzig 1922.

2) **v. Bar:** Die Lehre vom Kausalzusammenhang. Leipzig 1871.

3) „ Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Berlin 1907.

4) **Baumgarten:** Aufbau der Verbrechenslehre. Z 37, 524.

5) **Beling:** Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

6) „ Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen. Z 28, 589 ff.

7) „ Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1891 bis zum 31. März 1894. Materielles Strafrecht. Z 18, 272.

8) **Berner:** Lehrbuch 18. Aufl. 1898.

9) „ Die Lehre von der Teilnahme an Verbrechen und die neueren Kontroversen über dolus und culpa 1847.

10) **Beseler:** Kommentar zum preußisch. St. G. B. 1851.

11) **Binding:** Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1907.

12) „ Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (Urheber) und der Gehilfe. G. S. 71, 1 ff.

13) „ Strafrechtliche u. strafprozessuale Abhandlungen. München-Leipzig 1915.

14) „ Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. G. S. 76, 1 ff.

15) „ Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Aufl. Leipzig 1914.

16) „ Das Subjekt des Verbrechers und die Satzungen des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch. G. S. 76, 87 ff.

17) **Birkmeyer:** Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin 1890.

18) „ Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. G. S. 37, 257.

19) **Borchert Th.:** Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.

20) **Bodensiepen:** Das Jugendgerichtsgesetz. Altenburg 1923.

21) **v. Buri:** Ueber Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

22) „ Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. 1885.

23) **v. Buri:** Urheberschaft und Beihilfe. G. S. 19, 278.
24) „ Einige Bemerkungen zu dem allgemeinen Teil des Strafrechts. G. S. 28, 196.
25) „ Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Giessen 1860.
26) „ Beiträge zur Theorie des Strafrechts. Leipzig 1894.
27) **van Calker:** Grundriß des Strafrechts. 2. Aufl. 1924.
28) „ „ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militär-Strafrecht. 1. Aufl. 1891.
29) **Clementz:** Mittelbare Täterschaft. Diss. Greifswald 1912.
30) **Coenders:** Strafrechtliche Grundbegriffe insbesonders Täterschaft und Teilnahme. Düsseldorf 1909.
31) **Döderlein:** Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda. Diss. Straßburg 1911.
32) **Ebermayer, Lobe Rosenberg:** Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1925.
33) **Engelsing:** Eigenhändige Delikte. Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft. Breslau 1926. Strafrechtl. Abhandl. 212.
34) **Finger:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.
35) **Flegenheimer:** Das Problem des dolosen Werkzeugs. Breslau 1913. Strafrechtliche Abhandlungen 164.
36) **Franke:** Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1926.
37) **Frank:** Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Tübingen 17. Aufl. Oktober 1926.
38) **Fuhse:** Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1926.
39) **Gerland:** Deutsches Reichsstrafrecht 1922.
40) **Goltdammer:** Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1851.
41) **Hälschner:** Geschichte des brandenburgisch-preuß. Strafrechts. 1855 1. Teil.
42) „ Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I 1881.
43) **Hellwig:** Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1923.
44) **Heffter:** Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1854.
45) **Hergt:** Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
46) **Hegler:** Die Merkmale des Verbrechens. Z 36, 215.
47) **v. Helldorf:** Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheid. Diss. Halle 1895.
48) **v. Hippel:** Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit. Z 32, 99 ff.
49 **Herzog:** Ueber die Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. G. S. Bd. 24, 26, 38.
50) **Hoegel:** Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz. Z 37, 651.
51) **Höpfner:** Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Z 22, 205 ff.
52) **Kiesow:** Jugendgerichtsgesetz. Mannheim 1923.
53) **Kohler:** Studien aus dem Strafrecht. Mannheim 1890.

54) **Köstlin:** Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. 1845.
55) „ System des deutschen Strafrechts 1855.
56) **v. Kries:** Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht. Z 9, 528.
57) **Krückmann:** Das juristische Kausalproblem als Problem der passendsten Fiktion Z 37, 353.
58) **Lehmann:** Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen. Diss. Rostock 1911.
59) **v. Lilienthal:** Jugendliches Alter. Vergl. Darstellungen V S. 106.
60) „ Grundriß 4. Aufl. 1916.
61) **v. Liszt-Schmidt:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt, besorgt von Eberhard Schmidt 25. Aufl. 1927.
62) **Mayer:** Der allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs. Heidelberg 1915.
63) **Merkel:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
64) **v. Michael:** Der Mensch als Werkzeug. Diss. Rostock 1914.
65) **Mittermaier:** Gutachten über § 300 St. G. B. Z 21, 235.
66) **Nagler:** Die Teilnahme an Sonderverbrechen. 1903.
67) **Neter:** Die Behandlung der straffälligen Jugend. München 1908.
68) **Neumeister:** Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus. 1900.
69) **Olshausen:** Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.
70) **Oppenhof (Delius):** Das St. G. B. für die preuß. Staaten. 5. Aufl. 1867
71) „ Kommentar zum St. G. B. für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
72) **Perten:** Die Beihilfe zum Verbrechen. Breslau 1918. Strafrechtl. Abhandl. 199.
73) **Petri:** Die mittelbare Täterschaft. Breslau 1911. Strafrechtl. Abhandl. 125.
74) „ Die Strafbarkeit des mittelbaren Täters, insbesonders bei reinen Militärdelikten. Z 39, 690.
75) **Radbruch:** Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung. Zentralbl. für Vormundschaftswesen. 14, 249.
76) „ Ueber den Schuldbegriff. Z 24, 338.
77) **Rittau:** Militärstrafgesetzbuch Berlin 1926.
78) **Rümelin:** Die Verwendung des Kausalbegriffs im Straf- und Zivilrecht. Arch. f. ziv. Praxis. 90, 171.
79) **Schmincke:** Die mittelbare Täterschaft. Diss. Rostock 1911.
80) **Schütze:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
81) **Schwartz:** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
82) **Spohr:** Der Satz vom zureichenden Grunde, Kausalzusammenhang und Ursachenbegriff und deren Bedeutung im Zivil- und Strafrecht. Z 25, 383.
83) **Träger:** Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
84) **Wachenfeld:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
85) „ Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug. Z 40, 129, 321.
86) **Winter:** Die mittelbare Täterschaft. Diss. Münster 1917.
87) **Zeiler:** Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Z 27, 493.

I. Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Entwurf des Kriminalgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1827.

II. Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten 1828.

III. Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1830.

IV. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1833.

V. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1836.

VI. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsrats. 1843.

VII. Entwurf vom Dezember 1846, vorgelegt von der Königlichen Immediatkommission, dem Plenum des Staatsrates.

Entwürfe.

Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches 1909.

Entwurf der Strafrechtskommission 1913.

Entwurf von 1919.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafrechts. 1925. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927.

Abkürzungen.

G. S. = Gerichtssaal.

Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

1. Teil.

Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft.

1. Kap. Stellung des früheren und geltenden Strafrechts zu dem Begriff der mittelbaren Täterschaft (ein historischer Querschnitt).

Bevor wir das Wesen der mittelbaren Täterschaft, das heißt „der Benutzung fremder körperlicher Tätigkeit als Mittel zur Ausführung eines Verbrechens“ [1]) aus ihren Grundlagen ableiten, wollen wir einen geschichtlichen Rückblick auf dieses Gebiet werfen.[2]) In dem früheren Recht war die mittelbare Täterschaft als selbständiges juristisches Gebilde zunächst völlig unbekannt. Erst ganz allmählich findet man einzelne ihrer Fälle bei der Teilnahmelehre. Entweder wird der Kreis der Anstiftung soweit gezogen, daß die mittelbare Täterschaft von ihm mit umfaßt wird, oder man beurteilt den Begriff der Anstiftung so eng, daß die mittelbare Täterschaft aus ihm ausscheidet und willkürlich bald der Teilnahme, bald der Täterschaft zugeteilt wird. Man hatte das Wesen der mittelbaren Täterschaft nicht klar erkannt und bezeichnete sie als „scheinbare Anstiftung“. Diese Trennung von Anstiftung und scheinbarer Anstiftung finden wir zuerst ganz deutlich bei Köstlin[3].) In § 140 (S. 510 ff.) erklärt er: „Der Begriff der Anstiftung enthält, daß der Anstifter auch eine wirkliche Handlung eines anderen, hiermit diesen als sein Mittel setze. Denn wo das Tun des anderen als ein für diesen selbstloses erscheint (wenn er subjektiv unzurechnungsfähig oder von dem ersteren in einen die Zurechnung aufhebenden Irrtum versetzt, oder durch eine die Zurechnung aufhebende Gewalt zu seiner Tätigkeit genötigt ist), da ist nur scheinbar eine Anstiftung vorhanden, während in der Tat der scheinbare Anstifter als alleiniger, mithin als physischer Urheber

---

[1]) Petri S. 1.

[2]) In Anlehnung an Petri § 1—3.

[3]) Neue Revision 1845 und System S. 301, 318 und 285.

zu betrachten ist.“ Wie willkürlich man damals die Fälle der mittelbaren Täterschaft teils in das Gebiet der Anstiftung, teils in das Gebiet der Täterschaft wies, erkennt man daraus, daß Berner[1]) bei absichtlicher Erregung oder Benutzung eines Irrtums den Einwirkenden für den alleinigen unmittelbaren Urheber erklärt, während er bei einem verbindlichen Befehl den Einwirkenden nur als Anstifter, als intellektuellen Urheber, betrachtet.

Einen Schritt weiter auf dem Wege zur Erkenntnis über das Wesen mittelbarer Täterschaft führten die Vorarbeiten zum Preußischen Strafgesetzbuch. Das Allgemeine Landrecht bezeichnete in Tit. 20 §§ 67 und 70 als intellektuellen Urheber (Anstifter) den, „wer sich eines anderen zur Ausführung eines Verbechens bedient, oder wer einem anderen ein Verbrechen aufträgt.“ Diese Definition wurde, wenn auch in etwas anderer Fassung, in den ersten von dem Revisor vorgelegten Entwurf des Kriminalgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1827 übernommen und auch in den nächsten Entwürfen beibehalten. Erst bei Revision des fünften Entwurfes von 1843 hielt man den Ausdruck „sich bedienen“ für zu ungenau. Man strich den Satz, „welcher sich eines anderen zur Ausführung eines Verbrechens bedient“ völlig und zählte die einzelnen Fälle der Anstiftung auf. Unter diesen Fällen befindet sich auch die absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums. Man könnte daher der Meinung sein, daß der Gesetzgeber diese Fälle der mittelbaren Täterschaft unter den Anstifterbegriff subsumieren wollte. Der Komissionsbericht[2]) erklärt jedoch ausdrücklich: „Dies muß auf den Fall bezogen werden, wo der Teilnehmer durch einen Irrtum den verbrecherischen Willen des Täters anregt. Nicht ist derjenige Fall damit betroffen, wo man sich eines anderen vermöge einer Täuschung desselben als eines willenlosen Werkzeuges bedient. In diesem Fall ist der Betreffende nicht Teilnehmer, sondern der einzige wirkliche Urheber des Verbrechens oder Vergehens.“[3]) Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß man schließlich bei der Revision des 5. Entwurfes des Pr. Str. G. B. den Begriff der mittelbaren Täterschaft endgültig von der Anstiftung dadurch losgelöst hat, daß man den Satz „wer sich eines anderen zur Ausführung des Verbrechens bedient“ weglies. Man tat dies aber nicht aus der klaren Erkenntnis heraus, daß mittelbare Täterschaft und Anstiftung zwei wesensverwandte Gebiete sind, sondern man hielt die Ausdrucksweise „sich bedienen“ für zu unbestimmt und daher praktisch nicht

[1]) Lehre v. d. Teilnahme S. 282 ff.
[2]) Drucks. der 1. Kammer Nr. 171, 221 S. 6 und 7.
[3]) Vergl. bes. Ausführungen von Petri § 2 S. 4 ferner 2. Entw. von 1830 § 59, revid. 3. Entw. von 1833 § 57, 4. rev. Entwurf von 1836 § 60, 5. Entw. v. 1843, § 63

brauchbar. Ferner ersehen wir aus dem Kommissionsbericht, daß die Benutzung eines Werkzeugs, das sich in einem Irrtum befindet, nach damaliger Rechtsanschauung weder in das Gebiet der Anstiftung, noch in das der mittelbaren, sondern in das der unmittel- Täterschaft fällt.[1])

Die spätere Literatur wird weiter von der Unsicherheit über das Wesen der mittelbaren Täterschaft beherrscht. Bald trennt man sie von der Anstiftung, bald rechnet man sie zu ihr. So nennt Goltdammer unmittelbare Urheberschaft (mittelbare Täterschaft) die Fälle, die man aus dem Anstifterbegriff als scheinbare Anstiftung ausgeschieden hatte.[2]) Nach Hälschner[3]) ist „dem Handelnden nicht nur das zuzurechnen, was er etwa durch seine Muskelbewegung unmittelbar hervorbrachte, sondern auch dasjenige, was er durch andere natürliche und menschliche Kräfte bewirkte, die er zur Verwirklichung seiner Absicht absichtlich in Bewegung setzte.“ Oppenhof[4]) nennt auch den Täter, der einen anderen mit dem erforderlichen Dolus veranlaßt, ohne Dolus die strafrechtlich relevante Handlung als Werkzeug auszuführen. Und doch haben alle diese Schriftsteller den Grund und das Wesen der mittelbaren Täterschaft nicht klar erfaßt. Sie können alle keine einwandfreie Ableitung der mittelbaren Täterschaft geben und sie nicht aus ihren Grundlagen entwickeln.[5])

Mit welchen Schwierigkeiten die mittelbare Täterschaft bis zu ihrer Anerkennung zu kämpfen hatte, erkennt man daraus, daß selbst Buri[6]) noch die mittelbare Täterschaft für eine „pure Fiktion und Verlegenheitsauskunft der objektiven Theorie“ erklärte und behauptete, daß man weder ein Tier noch einen Menschen als Werkzeug benützen könne. Er nannte ein Werkzeug „nur ein von Menschen gefertigten, zu mechanischen Verrichtungen mittels körperlichen Gebrauchs dienenden Gegenstand.“ Auf Grund seiner Kausalitätstheorie kam er zu dem Ergebnis, denjenigen, der einen unzurechnungsfähigen Menschen zur Begehung eines Delikts veranlaßt, unmittelbaren Täter zu nennen. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht haltbar. Zwar hat der Veranlassende den Erfolg verursacht; denn Ursache ist jede Bedingung die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Aber er führt doch nicht selbst, sondern gerade durch sein Werkzeug die Tat aus, ist also nicht unmittelbarer, sondern mittelbarer Täter.

---

1) Vergl. Petri § 2 S. 5.
2) Materialien Bd. 1 S. 301 ff. u. Bd. 2 S. 245 und 246 ff.
3) 1. Teil S. 313.
4) Vorbem. zu § 34 ff. S. 84.
5) Dagegen ordnen die mittelbare Täterschaft der Anstiftung unter Beseler, Komm. über d. Strafgesetzb. f. d. Pr. St. 1851 S. 152 ff., Heffter Lehrb. d. Gem. D. Strafr. 1854 § 82 S. 72, ferner Anm. 3 und 6.
6) Kausalität 1885 S. 56.

Inzwischen hat die mittelbare Täterschaft ihren Siegeszug in der Wissenschaft und Rechtsprechung angetreten. Sie ist so sehr juristisches Allgemeingut geworden, daß Schwartz[1]) mit Recht sagen kann: „Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist in Theorie und Praxis so allgemein anerkannt, daß es nicht erst besonderer Belege bedarf."[2]) Diese allgemeine Anerkennung hat ihre Krönung durch den Beschluß des Strafrechtsausschusses des Reichstages, den dieser kurz vor Weihnachten 1927 gefaßt hat, gefunden. Auf Antrag des Unterausschusses hat die Mehrheit des Hauptausschusses beschlossen, dem Abschnitt über die Teilnahme einen § 27 a voranzustellen, der folgendermaßen lautet:

> „Täter ist, wer die Tat selbst begeht. Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient, von dem er weiß oder sich vorstellt, daß er die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist. (Mittelbare Täterschaft)"[3])

Dadurch ist der Abschluß einer jahrzehntelangen Entwicklung erreicht.

2. Kap. Die mittelbare Täterschaft, entwickelt aus ihren Grundlagen, der Kausallehre und dem allgemeinen Täterbegriff.

Bevor wir uns mit den verschiedenen Problemen, die auf dem Gebiete der mittelbaren Täterschaft liegen, beschäftigen können, müssen wir die Grundlagen erörtern, auf denen sich die mittelbare Täterschaft aufbaut.

Das geltende Strafgesetzbuch erwähnt den Begriff des mittelbaren Täters an keiner Stelle. Er läßt sich daher nur soweit rechtfertigen, als man ihn unter den Allgemeinbegriff des Täters subsumieren kann. Täter im strafrechtlichen Sinne ist jeder, der einen strafrechtlich relevanten Erfolg herbeiführt, jeder, der den gesetzlichen Tatbestand eines Verbrechens verwirklicht. In jedem Täter reift ein Entschluß, den er dann durch Körperbewegung in die Tat umsetzt. Die Körperbewegung muß also den Erfolg verursacht haben. Dieser sogen. Kausalzusammenhang zwischen Körper-

---

[1]) § 47 Nr. 2.
[2]) RG. 1, 146; 3, 96, 4, 256; 12, 67; 18, 419; 55, 282; u. a. Ebermayer Einl. IX 4 S. 37, Meyer-Allfeld § 38 I, Olshausen Anm. 17 zu § 47, Wachenfeld § 53, Max Ernst Mayer 9 Kap. A I S. 375, Liszt-Schm. § 50 II, Schwartz Anm. 2 zu § 47 und Finger 1, 335 ff. Anderer Ans. Högel 3 37, 667.
[3]) Siehe Dt. J. Z. Jahrg. Heft 1, 1928 S. 74.

bewegung und Erfolg ist ein wesentliches Merkmal des Täters. Der Begriff des Täters ist infolgedessen davon abhängig, welche Handlung man als kausal für den Erfolg ansieht. Ich möchte daher an dieser Stelle, wenn es auch vielleicht über den eigentlichen Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus geht, kurz auf die bedeutendsten Kausalprobleme eingehen.

Unter den verschiedenen Kausaltheorien lassen sich zwei große Gruppen unterscheiden. Die einen versuchen aus den Erfolgsbedingungen eine oder mehrere herauszuheben und bezeichnen sie als Ursache des Erfolges, die andern glauben, daß alle Bedingungen für den Erfolg notwendig und damit auch ursächlich sind.

Binding, der zu der ersten Gruppe gehört, hält für die Verursachung eines Erfolges die Aenderung des Gleichgewichts zwischen den abhaltenden und den auf eine Aenderung hinwirkenden Bedingungen. „Es läßt sich die Verursachung nur dadurch anschaulich machen, daß man bei ihr die in Betracht kommenden Faktoren sozusagen beseelt. Und so habe ich auch den wirklichen Willen und alle sonstigen, den Eintritt des ins Auge gefaßten Erfolges begünstigenden Umstände als die zu ihm hinstrebenden (positiven) und die ihm ungünstigen, notwendig zu überwindenden, die abhaltenden (negativen) genannt. So bedeutet für mich Verursachung die Herbeiführung des Uebergewichts der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolges durch den menschlichen Willen.“ [1]) Binding befindet sich mit dieser Theorie jedoch in einem Irrtum. Ein Stein fällt oder er fällt nicht. Ein Zustand des Gleichgewichts zwischen Fallen und nicht Fallen ist nicht denkbar. Ganz davon abgesehen, ist es aber auch fast unmöglich, die Wirksamkeit der Bedingungen gegeneinander abzuwägen. Tut man es aber, so kommt mau zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen. Man kommt dann schließlich dazu, als Ursache die letzte der vor dem Erfolg eingreifenden Bedingungen zu bezeichnen.[2])

Birkmeyer bezeichnet als Ursache die wirksamste Bedingung.[3]) Die größere Energie der einzelnen Bedingung soll auch in der Größe des erfolges sichtbar werden. Es ist aber unmöglich, unter der unendlichen Zahl von Bedingungen, die einen Erfolg herbeiführen, und die oft ganz unbekannt bleiben, die wirksamste ausfindig zu machen. Man kann die Wirksamkeit eines Menschen mit der eines anderen vergleichen. Aber wieviel Faktoren wirken oft bei einem Erfolg mit! Man müßte daher die Faktoren näher bestimmen und abgrenzen, auf welche sich der Vergleich beziehen, ferner auch den Maßstab, nach dem die wirksamste Bedingung ermittelt werden soll.

---

1) Binding Normen II S. 491/92.
2) Gegen Binding M. E. Mayer II. Buch 3. Kap. C. II S. 144.
3) G. S. 37, 257 ff.

Auch täuscht man sich, wenn man glaubt, daß immer die tätigste und nach außen hin stark hervortretende Bedingung Ursache sein muß; denn oft ist die wirkliche Ursache eines Erfolges ganz unscheinbar und fällt nach außen hin gar nicht ins Gewicht.[1])

Kohler[2]) nennt Ursache das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element. Wenn man Samen sät, so ist dieses Säen die alleinige Ursache für das Keimen der Frucht; Feuchtigkeit und Wärme müssen aber dann noch als Werdebedingung hinzutreten. Art und Weise des Erfolges wird durch seine Ursache bestimmt. Der Unterschied von Ursache und Bedingung „beruht auf dem Unterschied zwischen der Triebkraft und der Atmosphäre, in der die Triebkraft zur Geltung kommt." Diese Unterscheidung dürfte sich jedoch nicht halten lassen. In allen Stoffen liegen treibende Kräfte und oft werden Klima und Atmosphäre ebenso wesentlich für die Erhaltung der Pflanze sein wie der Same. Juristisch ist dieser Unterschied aber noch weniger haltbar. Triebkraft und Werdebedingung lassen sich oft garnicht voneinander trennen. Das Setzen von Bedingungen ist schließlich nichts anderes als das Auslösen der treibenden Kraft. Im praktischen Leben verschwindet diese Grenze völlig. Höchstens könnte man dann die unmittelbare Körperbewegung als treibende Kraft ansehen, alles andere wären nur Bedingungen.[3])

v. Bar nennt denjenigen Menschen Ursache einer Erscheinung, der es bewirkt, daß der regelmäßig gedachte Lauf der Erscheinungen eine Wendung erfährt.[4]) Dies entspricht einem Gesetze unseres Denkens; denn wir bezeichnen eine Bedingung nur dann als Ursache, wenn ohne sie eine in Betracht kommende Aenderung in den Verhältnissen nicht eingetreten sein würde. Von jenem Satz leitete er dann den Folgesatz ab, daß man im allgemeinen für die regelmäßigen Folgen seines Handelns haftet. Wir haften daher nicht für einen Erfolg, der nur durch das Eintreten eines unberechenbaren Ereignisses herbeigeführt werde. Auf diesen Gedankengängen hat v. Kries[5]) weiter aufgebaut und seine adäquate Verursachungstheorie begründet. Kausal in seinem Sinne soll das Verhalten eines Menschen dann sein, wenn es einen Erfolg herbeiführt, der sich wesentlich von dem unterscheidet, der ohne jenes Verhalten eingetreten sein würde. Dieses Verhalten muß im allgemeinen die Tendenz haben jenen Erfolg herbeizuführen. Dabei kommen zunächst die Umstände in Betracht, die man im allgemeinen kennen muß. Es genügt aber auch jede überhaupt im menschlichen

[1]) Merkel S. 104.
[2]) Studien I S. 83.
[3]) v. Bar Gesetz und Schuld II S. 173, Träger der Kausalbegriff S. 95 ff.
[4]) Lehre vom Kausalzusammenhang S. 11.
[5]) Z 9, 528.

Leben zu berücksichtigende Möglichkeit für den Kausalzusammenhang, wenn der Handelnde den fraglichen Erfolg erwartete, obwohl dieser vom Standpunkt des allgemeinen Wissens nicht erkennbar war. In einem gewissen Gegensatz zu dieser subjektiven adäquaten Theorie steht Rümelin[1]) auf einem objektiven Standpunkte. Er nimmt Kausalzusammenhang nur an, wenn die zur Zeit der Handlung von den erfahrensten und vorsichtigsten Menschen erkennbaren und in ihrer wahrscheinlichen Wirkung von ihnen richtig gewürdigten Bedingungen die Adäquanz herstellen. Da sich der Richter, um die Adäquanz festzustellen, auf den Augenblick der Tat zurückversetzen und von da aus in die Zukunft blicken muß, spricht man auch von der „Objektiven nachträglichen Prognose". Neben dieser objektiven Anschauung Rümelins und der subjektiv gerichteten v. Kries steht Träger,[2]) der diejenigen Bedingungen für kausal erklärt, die dem einsichtigsten Menschen oder dem Täter zur Zeit der Tat als den Erfolg herbeiführend bekannt waren.

Der adäquaten Verursachungstheorie haben sich die Zivilsenate des Reichsgerichts[3]) angeschlossen. Es mag möglich sein, daß die starre oft sehr weit zurückführende Buri'sche conditio sine qua non-Theorie im Zivilrecht zu unhaltbaren Ergebnissen führt, zumal das ausgleichende Moment des Verschuldens dort nicht vorhanden ist. Im Strafrecht ist die adäquate Verursachungstheorie jedoch nicht haltbar. Die Frage der Verursachung hängt zu sehr von der nicht abzugrenzenden Zahl der Voraussetzungen ab, die in die Frage aufgenommen werden. Eine besonders große Gefahr besteht aber in der Vermengung objektiver und subjektiver Momente. Wenn man die Berechnung subjektiv festsetzt, wie es v. Kries tut, vermischt man die Fragen der Kausalität mit denen der Verschuldung. Folgt man aber Rümelin und seinem objektiven Standpunkt, gelangt man zu unbefriedigenden Ergebnissen. Man müßte dann einen Mann freisprechen, der den anormalen Verlauf seiner Tätigkeit im voraus überschaut hatte, oder man müßte wieder auf den subjektiven Standpunkt von v. Kries zurückkommen, der die schon erwähnten Bedenken hat. Krückmann[4]) versucht daher beide Anschauungen unter den Oberbegriff „Beherrschung" zu vereinigen, weil, wie er selbst zugibt, keine guten praktischen Ergebnisse zu erzielen sind. „Beherrschung" liegt seiner Meinung nach dann vor, wenn Berechenbarkeit vorliegt oder individuelle Berechnung (der Handelnde hat mehr Kenntnisse als

---

[1]) Arch. f. ziv. Praxis 90, 171.
[2]) Kausalbegriff.
[3]) R. G. Ziv. 50, 222; 66, 409; 69, 59; 81, 359; Merkel 95 ff. Meyer-Allfeld § 22 S. 106 ff. v. Bar Ges. u. Schuld II S. 178 ff. Spohr Z 25, 383; Krückmann Z 37, 356 und Baumgarten Z 37, 524.
[4]) Z. 37, 353 ff.

andere und kann darum etwas berechnen, was anderen als Zufall erscheint (Krückmann a. a. O.) Beides ist kausal für den Erfolg. Liszt-Schmidt[1]) sagt mit Recht, daß bei einer derartigen Vereinigung von Gedankengängen, die auf ganz verschiedenen Voraussetzungen beruhen, von der Einheitlichkeit der Theorie nicht mehr die Rede sein könne. Dies gibt auch Krückmann (a. a. O.) selbst zu, verteidigt sich aber damit, daß seine Theorie selbst auf die Gefahr hin, daß die Einheitlichkeit verloren gehe, geändert werden müsse, wenn die Ergebnisse nicht mehr zufriedenstellend sind. Wir ersehen daraus, wie stark die Ansichten über das Wesen der adäquaten Verursachung auseinandergehen. Diese Theorie kann aus all diesen Gründen daher für das Strafrecht als geeignete Grundlage nicht angesehen werden.

Im Gegensatz zu den bisherigen Theorien geht v. Buri [2]) von dem Gedanken aus, daß alle Kräfte, welche den verbrecherischen Erfolg verursachen, gleich wesentlich für denselben sind, und keine einzige Kraft aus dem Erfolge ausgeschieden werden dürfe, ohne daß dieser selbst zusammenbräche. Daraus ergibt sich, daß jede Bedingung Ursache für den konkreten Erfolg ist. Nun scheint zunächst ein Widerspruch darin enthalten zu sein, daß, obgleich die bloße Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht, dennoch sämtliche Mitwirksamkeiten zur Herbeiführung des Erfolges nötig sind. Jede Mitwirksamkeit ist an und für sich ein totes Gebilde, allein kann sie niemals den Erfolg herbeiführen. Sie erhält jedoch durch Zusammentreffen mit den andern ihre Kausalkraft. Man kann sich das vorstellen, als ob jede Bedingung ihre Kausalität allen übrigen verleiht, dafür aber von ihnen auch Kausalität empfängt. Und so sehen wir, daß jede Ursache auf jene vielen unscheinbaren Bedingungen zurückgeht, daß diese sämtlich zur Herbeiführung des Erfolges erforderlich sind, und daß das Ausscheiden nur einer von ihnen die Kausalität zum Zusammenbruch bringen muß. [3])

Diese Kausaltheorie führt zu den besten und brauchbarsten Ergebnissen im Strafrecht. Sie ist klar und einfach und etwaige Schärfen werden durch das Verschuldensmoment gemildert. [4])

Wir sind, um den Begriff der mittelbaren Täterschaft zu erfassen, von dessen Grundlage, dem allgemeinen Täterbegriff, ausgegangen und haben gesehen, daß das erste Erfordernis für jeden Täter Kausalzusammenhang von Körperbewegung und Erfolg ist. Wir haben eben ferner gesehen, daß die Buri'sche Kausaltheorie

---

[1]) § 29 VII 4.
[2]) Kausalität 1873 S. 1 ff.
[3]) Beiträge zur Theorie S. 69 ff.
[4]) Frank § 1 III 2, Finger I S. 274 ff. Liszt-Schm. § 29 S. 161, Zeiler Z. 27, 493, R. G. 54, 349; 56, 343 u. a. ferner Schwartz § 59, 4. M. E. Mayer S. 137 ff., v. Lilienthal Grundriß S. 21.

die geeignete Grundlage bildet, im Strafrecht diese Kausalität von Körperbewegung und Erfolg festzustellen. Infolgedessen muß der Täter zunächst durch sein Tun eine Bedingung setzen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Im allgemeinen wird der verbrecherische Wille und die Ausführungshandlung in einer Person zusammentreffen. Der Täter setzt durch seinen Willen seine eigenen Kräfte für den Erfolg in Bewegung. Es ist aber auch möglich, daß der Täter, weil es ihm vielleicht geeigneter oder erfolgversprechender erscheint, sich nicht seiner eigenen, sondern fremder Kräfte, eines Werkzeugs, bedient. Dies ist ohne weiteres möglich, weil die Körperkräfte an und für sich bedeutungslos sind, und erst strafrechtlich relevant werden, wenn sie sich mit einem rechtserheblichen Willen vereinigen. Aber auch der verbrecherische Wille ist an und für sich unerheblich. Erst durch Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges gewinnt er strafrechtliche Bedeutung. Und so sehen wir, daß bei der mittelbaren Täterschaft im Gegensatz zu dem allgemeinen Täterbegriff der verbrecherische Wille und die Ausführungshandlung auseinanderfallen. Die unmittelbare Täterhandlung, die an und für sich strafrechtlich bedeutungslos ist, ist dann demjenigen zuzurechnen, auf den sie nach den Regeln der Kausatität zurückgeführt werden kann. Wenn sich dann noch der von dem mittelbaren Täter verursachte Erfolg mit seiner Willensrichtung, seinem Vorsatz, deckt, so hat er das Delikt in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt und ist deswegen zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen. Der miltelbare Täter haftet für seine eigene Schuld und für den durch ihn verursachten Erfolg also für seine eigene Handlung. [1])

Zur Bestimmung der mittelbaren Täterschaft wird oft von den Teilnahmetheorien ausgegangen. Ich halte dieses Vorgehen nicht für richtig. Mit Recht hebt Petri[2]) hervor, daß man dadurch ein Moment, welches erst bei Beurteilung der verschiedenen Haftung mehrere an der Verbrechenstat verantwortlich beteiligter Personen in Betracht kommt, bereits bei der Bestimmung des Täterbegriffs als feststehend voraussetzt. Wohl muß man später, um den Täter von dem Teilnehmer abzugrenzen, diese Trennung auf der Grundlage der Teilnahmetheorien in subjektiver oder objektiver Hinsicht treffen. Nimmt man später diese Scheidung nach subjektiven Gesichtspunkten vor, so macht das keine Schwierigkeiten. Aber auch auf der Grundlage der formalobjektiven Theorie kommt man zu brauchbaren Ergebnissen. Täter ist im Gegensatz zum Teilnehmer hier, wer die Ausführungshandlung rechtswidrig und schuldhaft

---

[1]) Petri S. 14.
[2]) S. 15.

ausführt[1]); mittelbarer Täter, wer die Ausführungshandlung ausführen läßt, d. h. wer sie verursacht.[2])

Nach diesen Ausführungen dürfte es leicht sein, zu den noch heute bestehenden Anschauungsverschiedenheiten über das Wesen der mittelbaren Täterschaft Stellung zu nehmen. Wenn Mittermaier in seinem Gutachten über den § 300 Str. G. B. [3]) die sogen. mittelbare Täterschaft als eine künstliche Erweiterung bezeichnet, die dem Zwecke dient, eine zweifellos strafrechtlich relevante Tätigkeit zu fassen, die anders straflos bleiben müßte, und sie ein juristisches Gebilde nennt, so würde er, wenn seine Anschauung richtig wäre, der mittelbaren Täterschaft jede Existenzberechtigung absprechen. Nach seiner Definition würde die Rechtswissenschaft in die Funktion der Gesetzgebung eingreifen, ein Recht, das ihr niemals zugesprochen werden darf und auch von ihr garnicht beansprucht wird. Das bestehende Recht kann nur von dem Gesetzgeber erweitert werden. Nur dieser kann Handlungen, die bisher straflos waren, unter Strafe stellen. § 2 Strafgesetzbuch zeigt, daß Strafen auch nicht durch den Analogieschluß oder Gewohnheitsrecht verhängt werden können.[4]) Die mittelbare Täterschaft ist aber auch nicht als fingierte Täterschaft anzusehen,[5]) etwa derart, daß die Handlung des Werkzeugs kraft Fiktion als Handlung des Täters oder der Wille des Täters als der des Werkzeugs erscheint. Wenn Birkmeyer[6]) ebenfalls auf diesem falschen Standpunkt steht, so liegt dies an seiner Kausallehre. Er bezeichnet denjenigen, der die wirksamste Bedingung setzt, als Täter und nennt die Ausführungshandlung die wirksamste Bedingung. Infolgedessen muß ihm die mittelbare Täterschaft als Fiktion erscheinen; denn hier ist Täter derjenige, der die Ausführungshandlung veranlaßt, aber nicht der, der sie wirklich durchführt. Wir haben schon an anderer Stelle die Mängel dieser Kausallehre, auf der sich diese Auffassung über das Wesen der mittelbaren Täterschaft gründet, kennengelernt.

3. Kap. Trennung der Versuchs- von den Vorbereitungshandlungen bei der mittelbaren Täterschaft.

Eine Reihe besonders eigenartiger Probleme bietet das Gebiet der mittelbaren Täterschaft bei der Abgrenzung der Versuchs- von den sogen. Vorbereitungshandlungen. Wann liegt Versuch

---

[1]) z. B. Liszt-Schm. § 50.
[2]) Petri S. 16.
[3]) Z. 21, 212.
[4]) Wink r Einleitung S. 1.
[5]) Schütze S. 148 Note 3.
[6]) Ursachenbegriff S. 17 ff. Teilnahme S. 102 ff.

in mittelbarer Täterschaft vor? Wir haben gesehen, daß die mittelbare Täterschaft dem Allgemeinbegriff des Täters unterzuordnen ist. Infolgedessen werden wir auch bei der Frage des Versuchs von dem § 43 St. G. B. ausgehen. Danach wird derjenige wegen Versuchs bestraft, der den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat. In noch größerem Maße als sonst bereitet es bei der mittelbaren Täterschaft Schwierigkeiten, die Vorbereitungshandlungen von den Handlungen abzugrenzen, die als Anfang der Ausführung anzusehen sind. In den Fällen der mittelbaren Täterschaft haftet jemand für die Ausführung der tatbestandsmäßigen Tätigkeit gerade dann, wenn diese von einem anderen Menschen vorgenommen wird. Infolgedessen könnte man daraus die Folgerung ziehen, daß nicht das Werkzeug, sondern der mittelbare Täter selbst die Ausführungshandlung vornimmt. Dies würde dazu führen, den Anfang der Ausführung in dem Anfang des Tätigwerdens des mittelbaren Täters zu erblicken, in dem Anfang des Einwirkens auf das Werkzeug. Der mittelbare Täter wäre also schon dann wegen Versuchs zu bestrafen, wenn er den Menschen, der ihm als Werkzeug dienen sollte, erfolglos aufgefordert hätte.[1]

Dieser Anschauung ist jedoch nicht zuzustimmen. Zwar ist es richtig zu sagen, daß der mittelbare Täter für die Ausführung einer tatbestandsmäßigen Handlung haftet, wenn diese von einem anderen Menschen vorgenommen wird. Aber die Folgerung, daß dann das Handeln des mittelbaren Täters und nicht das des Werkzeugs als Ausführungshandlung anzusprechen sei, ist irrig. Die Eigenart der mittelbaren Täterschaft besteht gerade in dem Auseinanderfallen des verbrecherischen Willensentschlusses und der Ausführungshandlung. Daher ist es falsch, die Ausführungshandlung des Werkzeugs als die des Täters zu fingieren, ebenso ist es aber auch nicht richtig, das Tätigwerden des mittelbaren Täters für eine Ausführungshandlung zu halten. Der mittelbare Täter haftet für den durch seine Handlung verursachten Erfolg,[2] aber nicht er führt die Ausführungshandlung durch, sondern das Werkzeug. Infolgedessen sind auch die Anschauungen abzulehnen, die beendeten Versuch in der Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses des Werkzeugs erblicken und dies damit begründen, daß ja das Weitere der Selbsttätigkeit des Werkzeugs überlassen

---

[1]) Winter S. 42.

[2]) Verfehlt infolgedessen Borchert S. 117: Mittelbare Täterschaft ist die strafrechtl. Verantwortung für Handlungen dritter. Ebenso irrig Hergt S. 160: Der unmittelbare Täter haftet für seine eigene Handlung, der mittelbare Täter dafür, daß eine weitere schuldlose aber rechtswidrige Handlung ins Leben getreten ist.

sei.[1]) Dies mit der Absendung einer Höllenmaschine auf eine Stufe zu stellen, ist ein schiefer Vergleich.[2]) Eine Höllenmaschine führt nach einiger Zeit ganz selbsttätig eine Ausführungshandlung durch, während bei einem menschlichen Werkzeug, man denke an einen 12jährigen Jungen, immer noch eine gewisse Willensbetätigung hinzukommen muß. Ebenso dürfte es nicht richtig sein, sogar schon in der bloßen abgeschlossenen Einwirkung auf das Werkzeug beendeten Versuch zu sehen.[3]) Alle diese Handlungen sind nicht anders zu bewerten, als wenn ein Dieb sich eine Stange holt oder einen Hund für seine verbrecherischen Pläne abrichtet. Sie sind reine Vorbereitungshandlungen. Der Versuch beginnt gemäß § 43 St. G. B. erst mit dem Anfang der Ausführung, also mit dem Tätigwerden des Werkzeugs. Ausführungshandlungen sind immer solche Handlungen, die zum Tatbestand des Delikts gehören. Solange der verbrecherische Willensentschluß des mittelbaren Täters noch nicht äußerlich durch Ausführungshandlungen in Erscheinung getreten ist, kann von einer Bestrafung wegen Versuchs keine Rede sein. Eine analoge Anwendung dieser Gedankengänge finden wir auch bei der Anstiftung Der Anstifter kann strafrechtlich erst belangt werden, wenn die Handlung des Angestifteten sich im Versuchsstadium befindet.[4])

Ebenso eigenartig sind die Probleme bei der Frage, wie lange der mittelbare Täter von dem Versuch straflos zurücktreten kann. Wir haben gesehen, daß Versuch bei mittelbarer Täterschaft erst dann vorliegt, wenn das Werkzeug mit der Ausführungshandlung begonnen hat, beendeter Versuch also dann, falls die Ausführungshandlung zwar vollendet ist, der Erfolg aber noch aussteht. Wenn nun der mittelbare Täter zurücktreten will, so kann er es nicht durch bloße Aufgabe der Ausführung; denn dies würde ja nicht den Erfolg verhindern. Er muß vielmehr seine Tätigkeit dem Werkzeug gegenüber unwirksam machen. Auf welche Weise dies geschieht, ist unerheblich. Er kann den in dem Werkzeug hervorgerufenen Entschluß diesem wieder ausreden, er kann aber auch den Erfolg durch eigene Tätigkeit abwenden. Wir sehen also, daß als Form des Rücktritts nur die tätige Reue denkbar ist.[5]) Anderer Meinung sind diejenigen Juristen, die Versuch bei mittelbarer Täterschaft schon in dem Einwirken auf das Werkzeug sehen. Sie halten infolgedessen den freiwilligen Rücktritt im Sinne des § 46, 1 St. G. B. solange für möglich, als das Einwirken auf das Werkzeug noch nicht abgeschlossen, bezw. das Weitere noch

---

[1]) Liszt-Schm. § 50 Anm. 10, 5; Clementz S. 64;
[2]) Liszt-Schm. § 46 Anm. 14.
[3]) Meyer-Allfeld § 38, 4.
[4]) Petri S. 17; Petri Z 39, 694; Wachenfeld Z 40, 129 ff.
[5]) Petri S. 19; Z 39, 694; Wach. Z 40, 129.

nicht seiner Selbsttätigkeit überlassen worden ist. Von diesem Augenblick nehmen sie jedoch ebenfalls an, daß der mittelbare Täter sich nur durch tätiges Eingreifen im Sinne des § 46, 2 St. G. B. den Rücktritt sichern kann.[1]) Tritt jedoch nicht der mittelbare Täter, sondern das Werkzeug auf Grund des eigenen freien Entschlusses zurück, so liegt der Fall anders. Das Reichsgericht hat sich im 39. Bd. (S. 37) mit einem etwas anders gelagerten Fall ähnlicher Struktur beschäftigt, und es dürfte angebracht sein, von diesen dort aufgerollten Fragen auszugehen. Dort hatte der A den B veranlaßt, aus einem Garten für ihn einen Gegenstand zu holen, den beide für einen Gummiball hielten. B. stellte in dem Garten fest, daß der Gegenstand kein Ball wäre, legte ihn wieder hin und verließ den Garten. Das Reichsgericht entschied in diesem Falle, daß der B gewissermaßen als Vertreter der Willensrichtung des A tätig gewesen sei. Die vorherige Aufgabe des verbrecherischen Willensentschlusses ist deswegen auch dem A zuzurechnen; denn das Verhalten des B ist mit seiner Sinnesrichtung völlig identisch und so aufzufassen, als ob er selbst freiwillig einen Diebstahlsversuch aufgegeben haben würde. Mit dieser Identifizierung der Willensrichtung von Täter und Werkzeug kann man wohl einverstanden sein. Der Rücktritt des Werkzeugs ist identisch mit der Aufgabe des Vorsatzes auf Seiten des mittelbaren Täters. In diesem Falle war B ein sogen. doloses Werkzeug. Wie wäre es aber, wenn es sich um ein nicht schuldhaftes Werkzeug handeln würde? Man könnte der Meinung sein, daß in einem solchen Falle ein Rücktritt des Werkzeugs zu Gunsten des Täters nicht möglich sei. Und wenn Beling)[2], der diese Fragen mit dem Rücktrittsproblem in keiner Weise vermengen will, hier von einer bedingten Tatbegehung spricht, derart, daß der mittelbare Täter sein Werkzeug doppelt instruiere, so kann ich diesen Gedankengängen nicht folgen. Man muß auch hier den Hauptwert auf das typische Stellvertretungsverhältnis von Täter und Werkzeug legen, so daß dessen Rücktritt, soweit er im Sinne des Täters geschieht, diesen befreit. Jeder freiwillige Rücktritt von der Ausführungshandlung macht das Geschehene nach den strafrechtlichen Bestimmungen bedeutungslos. Der Rücktritt des Werkzeugs kann also auch dem mittelbaren Täter zugute kommen. Diese Folgerung darf man jedoch nur in den Fällen ziehen, in denen auf Grund genauer Feststellung das Werkzeug zwar aus eigenen Stücken, aber doch der Willensrichtung des mittelbaren Täters gemäß zurücktritt, so daß der typische Zusammenhang der Willensrichtung

---

[1]) Liszt-Schm. § 50 Anm. 10; Meyer-Allfeld § 38, 9; Winter S. 42.

[2]) Z 28, 589 ff., bes. 604 ff.

von Täter und Werkzeug vorhanden ist.[1]) Fehlt dieser Zusammenhang, so kann der Rücktritt des Werkzeugs dem mittelbaren Täter nicht zugute kommen.

4. Kap. Das Verhältnis der mittelbaren Täterschaft zur Anstiftung.

Über die engen Beziehungen, die zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bestehen, herrschen viele Unklarheiten. Wir haben an anderer Stelle gesehen, daß nach geltendem Recht die mittelbare Täterschaft dem allgemeinen Täterbegriff unterzuordnen ist. Wir müssen daher, um das Verhältnis von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung zu erfassen, von den Beziehungen ausgehen, die zwischen Täterschaft und Anstiftung bestehen. Das erste Erfordernis eines jeden Täters ist Kausalzusammenhang zwischen Körperbewegung und Erfolg. Ist dieser Kausalzusammenhang auch bei dem Anstiften vorhanden? An und für sich wäre dies wohl ohne weiteres zu bejahen; denn ohne das Einwirken des Anstifters würde der Wille zum verbrecherischen Handeln in dem Angestifteten nicht erregt und der strafrechtlich relevante Erfolg nicht verursacht werden. Nun wird jedoch von vielen Seiten die Anschauung vertreten, daß durch das vorsätzliche Eintreten eines Zurechnungsfähigen in die Kausalkette diese unterbrochen werde.[2])

Bei richtiger Wertung der Kausalität muß man jedoch gerade dazu kommen, daß dadurch, daß der vor einem anderen zu einem Delikt vorsätzlich Bestimmte das tut, was der Bestimmende will, der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, sondern im Gegenteil hergestellt werde. Wäre die herrschende Ansicht richtig, so müßte der Anstifter straflos bleiben und könnte nicht wie ein Täter bestraft werden. Denn wie ist eine Bestrafung möglich, wenn jede kausale Beziehung zum Erfolge fehlt? Wenn wir im geltenden Recht Täterschaft von Anstiftung scheiden, so beruht das nicht darauf, daß der Anstifter in gar keiner kausalen Beziehung zur Tat steht, sondern darauf, daß ein tatsächlich bestehender Kausalzusammenhang vom Recht nicht beachtet wird, um nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen zu gelangen.[3]) Mit Recht sagt Liszt-Schmidt.[4]) „Dem Gesetzgeber steht es frei, die verschiedenen mit einem bestimmten

---

[1]) Clementz S. 64; Borchert S. 130.
[2]) Frank § 1 III 2a; Olsh. Anm. zu § 48; Beling Z 28, 594; Wachenf. Z 40, 148; Finger I 336, 344; Ebermayer S. 89 R. G. in J. Woch. 1920 S. 922 u. a.
[3]) Träger S. 178 ff.; Coenders S. 229; Petri S. 28; Mittermaier Z 21, 243; Hergt S. 35; Flegenheimer S. 36; M. E. Mayer S. 155; v. Bar II S. 617.
[4]) § 29 V S. 159 ff.

Erfolg im Kausalzusammenhang stehenden Verhaltungsweisen mehrerer Verursacher verschieden zu werten. Weil nun der Anstifter anders behandelt, sein Verhalten juristisch konstruktiv anders gestaltet ist als das des Täters, hat man geglaubt, das sich der Gesetzgeber hier über die Gesichtspunkte der Kausalität hinwegsetze und im täterschaftlichen Verhalten eine im Verhältnis zum Tun des Anstifters neue und selbständige Kausalreihe sehe, daß er dagegen einen geschlossenen und durch das Verhalten des Täters gerade vermittelten Kausalzusammenhang zwischen der Willensbestätigung des Anstifters und dem Erfolge nicht anerkenne. So kam man zu der methodisch wirren und demgemäß ganz falschen Betrachtungsweise, daß in diesen Fällen eine Unterbrechung des kausalen Zusammenhanges vorliege. Ausgehend vom § 48 St. G. B. nahm man eine solche Unterbrechung des Kausalzusammenhanges überall da an, wo jemand in die von einem anderen angestoßene Kausalreihe frei und vorsätzlich eingreift. Aber das Kausalproblem wird in diesen Fällen gar nicht berührt; auch der Anstifter und Gehilfe müssen, wenn wir sie in concreto überhaupt als solche werten können, den Erfolg verursacht haben."

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß der Anstifter ebenso wie der Täter für den strafrechtlich relevanten Erfolg kausal wird, daß also hier eine sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nicht vorliegt. Aber auch das zweite Erfordernis des Täters, den auf den Erfolg gerichteten Willen, besitzt der Anstifter in gleichem Maße. Auch er strebt nach Begehung des Delikts, sein Wille unterscheidet sich von dem des Täters in keiner Weise.[1])

Infolgedessen ist der Anstifter theoretisch als Täter zu betrachten. Er verursacht mit einem auf Herbeiführung des ganzen Erfolges gerichteten Willen einen strafrechtlich relevanten Tatbestand. Das geltende Recht ist diesen Gedankengängen jedoch nicht gefolgt. Es betrachtet die Anstiftung kraft positiver Bestimmung nicht als intellektuelle Urheberschaft, sondern als Teilnahme an der Tat eines anderen. Zwar gibt es zu, daß sowohl der Vorsatz des mittelbaren Täters als auch der des Anstifters sich gleichermaßen auf den tatbestandsmäßigen Erfolg richtet. Es macht aber daneben noch einen feinen Unterschied. Der Wille des Anstifters ist nach geltendem Recht noch inhaltsreicher als der des mittelbaren Täters. Er ist darauf gerichtet, daß der Erfolg durch den Entschluß des Angestifteten in die Tat umgesetzt werde. Der An-

---

1) Frank § 48, III; Kohler Stud. I S. 110 ff. Petri S. 55; Binding GS 71, 12; Meyer-Allfeld § 39, III S. 221; R. G. 4 252; 49, 68; Liszt-Schm. § 51, 4 u. a.; ablehnend Olsh. § 48, 14; Borchert S. 55 ff. u. 105; v. Bar II S. 621 ff. u. 644 ff.

stifter reflektiert zum Unterschied vom Täter auf die Selbstverantwortung des Angestifteten (M. E. Mayer S. 393.)

Wir kommen daher zu folgendem Ergebnis: Sowohl der Anstifter wie auch der mittelbare Täter fallen unter den allgemeinen Täterbegriff. Der § 48 St G. B. zwingt uns jedoch, der Anstiftung eine Sonderstellung einzuräumen. Wir können daher nur in den Fällen, in denen Anstiftung kraft positiver Vorschrift nicht vorliegt, von mittelbarer Täterschaft sprechen.[1])

2. Teil.

Die einzelnen Gebiete der mittelbaren Täterschaft.

Wir werden uns jetzt den einzelnen Erscheinungsformen der mittelbaren Täterschaft zuwenden. Es sollen zunächst die Fälle untersucht werden, bei denen das Werkzeug geisteskrank ist, und im Anschluß daran eingehend, besonders unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. 2. 1923, wieweit bei Kindern und Jugendlichen mittelbare Täterschaft möglich erscheint. Ferner werden die Nötigung, die Notwehr, der Notstand und das Verhältnis des Vorgesetzten zu seinem Untergebenen vom Standpunkt der mittelbaren Täterschaft aus betrachtet werden. Ausgeschaltet bleiben die vielen Probleme und Fragen, die auf dem Gebiete des dolosen Werkzeugs liegen, weil sie über den Zweck dieser Abhandlung hinausgehen.[2])

1. Kap. Geisteskrankheit und ihr verwandte Fälle.

Gemäß § 51 St. G. B. ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbetätigung ausgeschlossen war. Welche Gründe bestimmten den Gesetzgeber zur Aufnahme dieses Paragraphen? „Die Möglichkeit, einem bestimmten Täter einen Schuldvorwurf zu machen, ihm sein Verhalten zur Schuld zuzurechnen, setzt voraus, daß er die allgemeine Fähigkeit hat, die sozialen Anforderungen richtig zu erkennen und dieser Erkenntnis gemäß zu handeln. Für diese

[1]) Petri S. 55/56; Binding G. S. 71, 9; Borchert S. 109; Kohler Stud. I S. 106; anderer Ansicht siehe eingehende Begründung von Clementz S. 24 ff; ferner Lehmann S. 29 u. a.

[2]) vgl. Flegenheimer. Das Problem des dolosen Werkzeugs 1913.

Fähigkeit hat sich der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit in Gesetzgebung und Wissenschaft eingebürgert. Man kann sie kurz bezeichnen als die Fähigkeit zu sozialem Verhalten d. h. zu einer Zwecksetzung, die den Erfordernissen des staatlichen Zusammenlebens der Menschen entspricht. Nur soweit diese Fähigkeit vorhanden ist, kann antisoziales Verhalten zur Schuld zugerechnet werden. Wo dagegen die soziale Anpassungsfähigkeit fehlt, wo demgemäß mit einem pflichtgemäßen Ablauf des Motivationsprozesses überhaupt nicht gerechnet, normgemäßes Handeln nicht erwartet werden kann, da hat es keinen Sinn, die Frage nach dem Verschulden des Handelnden aufzuwerfen, da wird es überdies keinen Sinn mehr haben, durch die in Strafdrohung und Strafvollzug erhaltene Motivsetzung motivieren zu wollen.[1] Infolgedessen liegt Zurechnungsunfähigkeit dann vor, wenn dem Täter die allgemeine Fähigkeit fehlt, die sozialen Anforderungen in Bezug auf sein Verhalten richtig zu erkennen oder dieser Erkenntnis gemäß zu handeln."[2] Fehlt es an dieser Zurechnungsfähigkeit, so fehlt es an der Schuld, denn Zurechnungsföhigkeit ist eine Voraussetzung der Schuld.[3] Wenn wir nun einen Schritt weitergehen, so müssen wir uns fragen, ob eine strafbare Handlung ohne Schuldfähigkeit möglich ist oder nicht. Auf dem bejahenden Standpunkt stehen vor allem Schütze und Herzog. So erklärt Schütze, daß Gehilfenschaft zu einer nicht an sich, sondern aus individuellem Grunde für den Täter straflosen Tat strafbar bleibe.[4] Nach Herzog[5] „haben wir eine strafbare Handlung und einen Täter in dem vorerwähnten Sinne selbst dann vor uns, wenn beispielsweise der Täter z. Zt. der Begehung der Handlung sich in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, oder wenn irgend ein anderer Grund vorliegt, welcher die konkrete Strafbarkeit seiner Handlung ausschließt." Nach diesen Anschauungen könnte folgerichtiger Weise ein unheilbar Geisteskranker oder ein kleines Kind eine strafbare Handlung begehen, ein ganz unmögliches Ergebnis. Daß diese Anschauung nicht haltbar ist, erkennt man auch aus der

---

[1]) Liszt-Schm. § 37 I S. 224, 225.

[2]) Liszt-Schm. § 38 A 1 S. 229.

[3]) Vergl. Wachenfeld Lehrb. 135; M. E. Mayer Lehrb. 203; v. Hippel Z 32, 100; Liszt-Schm. § 38 A I S. 230; Meyer-Allfeld § 29 S. 141 ff.; Frank Vorb. 4 Abschn. II, 1 spricht von einem Bestandteil der Schuld, einem Schuldelement, daß er der sog. Freiheit oder Tatherrschaft unterordnet. Gegen die herrschende Lehre Radbruch Z 24, 338 ff. Er sieht die Zurechnungsfähigkeit als Straffähigkeit an.

[4]) S. 160 Note 18.

[5]) G. S. 24, 437.

Fassung des § 51 St. G. B. Aus den Worten „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden' ist zu ersehen, daß der Gesetzgeber hier keinen persönlichen Straf- sondern einen Schuldausschließungsgrund schaffen wollte. Daraus ergibt sich wieder unzweideutig, daß die Schuld zum Wesen der strafbaren Handlung gehört; denn welchen Zweck hätte es sonst, Gründe, welche die Strafe ausschließen, zu schaffen. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, das Verbrechen als eine tatbestandsmäßige rechtswidrige schuldhafte Handlung zu bezeichnen. Diese Ansicht ist die heute allgemein herrschende.

Infolgedessen kann ein gemäß § 51 St. G B. Unzurechnungsfähiger keine strafbare Handlung begehen, weil bei ihm die Schuldvoraussetzung die Zurechnungsfähigkeit, nicht vorhanden ist. Wer einen solchen Menschen zur Begehung eines Delikts veranlaßt, kann niemals wegen Anstiftung zur Verantwortung gezogen werden, weil das, was der der freien Willensbestimmung beraubte Geisteskranke tut als eine für das Strafrecht existierende Handlung nicht zu achten ist.[1]) Der Veranlassende hat vielmehr den strafrechtlich relevanten Erfolg schuldhaft selbst verursacht und ist für seine eigene Tat als mittelbarer Täter zur Verantwortung zu ziehen.[2])

Eine ähnliche Stellung wie die Handlung Geisteskranker nehmen auch die Handlungen ein, die in einem hypnotischen Zustande begangen werden. Durch die Hypnose wird die Widerstandskraft des Menschen, die er braucht, um Versuchungen zu widerstehen, geschwächt. Er wird in einen eigenartigen Zustand versetzt, der ihn gegen äußere Einflüße widerstandsunfähig macht. Gehirn und Nerven sind ganz dem Willen des Hypnotiseurs unterworfen. Wer einen Menschen in einen solchen Hypnosezustand versetzt und ihn in ihm zu einem Verbrechen veranlaßt, hat einen strafrechtlich relevanten Erfolg schuldhaft selbst verursacht und haftet für ihn als mittelbarer Täter, weil bei dem Suggerierten die Zurechnungsfähigkeit, also auch die Schuld ausgeschlossen ist.[3])

Zum Schluß dieses Kapitels wollen wir noch fragen, welche Bedeutung es hat, wenn der Veranlassende den Zustand der Geisteskrankheit nicht kennt, wenn also z. B. der A den Geisteskranken B, den er für zurechnungsfähig hält, zur Tötung eines Dritten bestimmt. Die Ansichten darüber gehen sehr stark auseinander. Frank[4]) behauptet, daß in diesen Fällen der Veranlassende mehr getan habe als seinem Vorsatz entspräche, und daß ihm

---

[1]) R. G. 11, 56.
[2]) Allgemeine Ansicht vergl. z. B. R. G. 21, 14; Frank § 51 IV; Liszt-Schm. § 50 II, 1 a S. 316 u. a.
[3]) Finger S. 226; Neumeister Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus.
[4]) Vorbem. Abschn. III, II 1.

dieses Plus nach der Vorsatzlehre nicht zugerechnet werden dürfe. Da aber kein Grund vorliege, ihn einen Vorteil daraus ziehen zu lassen, so bleibe er immerhin als Anstifter haftbar, es treffe ihn also praktisch die Täterstrafe. Das Reichsgericht scheint dagegen, wohl aus der Akzessorietät der Teilnahme heraus, zu völliger Straflosigkeit zu kommen.[1]) Teilweise wird bloße Fahrläßigkeit angenommen[2]) Uns dürfte nach den bisherigen Ausführungen die Lösung dieser Frage keine Schwierigkeiten mehr machen. Wir haben bei der Feststellung der Beziehungen zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft gesehen, daß der Anstifter ebenso wie der mittelbare Täter den strafrechtlich relevanten Erfolg verursacht, daß es kein Unterschied zwischen Anstifter- und Täterdolus gibt, und daß uns nur das geltende Recht zwingt, den Anstifter nicht als mittelbaren Täter zu betrachten. Es entscheidet also nicht der Wille des Einwirkenden, ob er Täter oder Teilnehmer ist, sondern die positive Vorschrift des Gesetzes. Dieser Standpunkt läßt sich auch mit dem geltenden Recht, das die Anstiftung nicht als intellektuelle Urheberschaft sondern als Teilnahme an der Tat eines anderen betrachtet, vereinigen. Hiernach unterscheidet sich, wie wir schon an früherer Stelle gesehen haben, der Anstifter von dem mittelbaren Täter allein dadurch, daß er auf die Selbstverantwortung des Angestifteten reflektiert. Infolgedessen ist es gleichgültig, ob der Anstifter die Zurechnungsfähigkeit des Täters erkannte oder nicht. Mit Recht sagt M. E. Mayer (S. 393), daß der Irrtum aus dem Anstifter keinen mittelbaren Täter mache, wie umgekehrt dieser nicht zum Anstifter werde, wenn er seinem Werkzeug irrig Verantwortlichkeit zuschreibt. Maßgebend, ob jemand wegen Täterschaft oder Anstiftung zur Verantwortung gezogen wird, ist lediglich die positive Vorschrift des Gesetzes. Ein Irrtum in dieser Hinsicht ist ebenso irrelevant, wie es z. B. ohne Bedeutung ist, wenn ein angeheiterter Verbrecher sich für sinnlos betrunken hält. Dieser Irrtum auf dem Gebiete der Zurechnungsfähigkeit hat nichts zu tun mit dem Irrtum über gesetzlich relevante Tatumstände gem. 59 Str. G. B. (M. E. Mayer S. 394.) Bestimmt also der A den Geisteskranken B, den er für zurechnungsfähig hält, zur Tötung eines Dritten, so kann A wegen der Akzessorietät der Teilnahme nicht als Anstifter strafrechtlich verfolgt werden. Die Ausnahmevorschriften, die es verhindern, ihn als mittelbaren Täter zu bestrafen, fallen weg. Er ist also infolge richtiger Durchführung unseres Täterbegriffes wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft zu Verantwortung zu ziehen.[3])

---

[1]) R. G. 11, 56; 40, 21.
[2]) Lehmann S. 32; Hergt S. 135; Beling Lehre vom Verbr. S. 398 und in früheren Auflagen auch Frank.
[3]) Petri S. 59, 60; Winter S. 31; Liszt-Schm. § 50 Anm. 2; Finger 1, S. 336; M. E. Mayer S. 394; Wachenf. 40, 134; Meyer-Allfeld 215.

Liegt der Fall umgekehrt, bestimmt der A den zurechnungsfähigen B, den er für geisteskrank hält, zur Begehung eines Mordes, so ist A auf Grund der Vorschrift des § 48 St. G. B., da hier bei B eine strafbare Handlung vorliegt, der Akzessorietät also Genüge getan ist, nicht als mittelbarer Täter, sondern als Anstifter zu bestrafen.[1])

2. Kap. Kinder und Jugendliche.

Wenn wir uns jetzt der Frage zuwenden, wie weit Kinder und Jugendliche als Werkzeuge zu strafbaren Handlungen verwendet werden können, wie weit also bei ihnen mittelbare Täterschaft möglich ist, so müssen wir zunächst die Stellung erläutern, die sie im Systeme unseres Strafrechtes einnehmen und dann feststellen, wie weit überhaupt nach geltendem Rechte im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. 2. 1923 mittelbare Täterschaft möglich ist, wie weit besonders der § 4 dieses Gesetzes diese ausschließt.

a) Beurteilung der Handlungen von Kindern.

Das Jugendgerichtsgesetz beschäftigt sich zunächst in dem § 2 mit denjenigen Jugendlichen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, während es eine Regelung für die Jugendlichen von 14—18 Jahren in dem § 3 trifft. Gemäß § 2 J. G. G. ist derjenige nicht strafbar, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er 14 Jahr alt geworden ist. Ueber den Grund der Straflosigkeit sagt das Gesetz nichts. Wollte der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck bringen, daß das jugendliche Alter im Sinne dieses Gesetzes überhaupt deliktsunfähig mache, die Unzurechnungsfähigkeit begründe und damit dem Täter die Schuldfähigkeit nehme? Oder beabsichtigte der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nur, den Jugendlichen der Bestrafung zu entziehen, ihm einen Strafausschließungsgrund schützend zur Seite zu stellen, dagegen die Frage der Zurechnungsfähigkeit, also auch die Frage der Schuldfähigkeit, ganz offen zu lassen und sie in jedem Falle einzeln zu entscheiden. Schon vor Erlaß des Jugendgerichtsgesetzes waren dieselben Fragen beim § 55 St. G. B. aufgetaucht. Diejenigen Juristen, die in dem § 2 J. G. B. einen persönlichen Strafausschließungsgrund erblicken, betonen zunächst, daß ein Kind unter 14 Jahre zweifellos geistig so weit entwickelt könne, daß es eine strafrechtlich relevante Handlung mit dem erforderlichen Dolus

---

[1]) Frank Vorbem. Abschn. III, II 2; Hergt 135; Beling vom L. v. Verbr. 254; Meyer-Allfeld 216; Winter 31. Dagen Lehmann S. 32.

begehe, besonders wenn es in einem Elternhause oder in einer Umgebung aufwachse, die sich bemühen, seine geistigen Kräfte zur Reife zu bringen und seine geistige Leistungsfähigkeit zu steigern. Schon das Kind von 5 oder 6 Jahren wisse, daß es andern Kindern nicht ihr Spielzeug wegnehmen dürfe. Und wenn auch zuzugeben sei, daß Kinder sehr oft das volle Verständnis für die von ihnen begangenen strafbaren Handlungen vermissen lassen, so dürfe man diesen Mangel dennoch niemals mit der Unzurechnungsfähigkeit eines Geisteskranken auf eine Stufe stellen. Wäre dies richtig, so hätte die Erziehung eines Kindes überhaupt keinen Zweck; denn die Voraussetzung dafür, die geistige Entwicklungsfähigkeit wäre dann bei einem Kinde ebensowenig vorhanden wie bei einem Geisteskranken. Ferner sei aus dem Wortlaut des § 55 St. G. B. „der noch nicht 12 Jahre alter Täter kann wegen seiner Tat nicht strafrechtlich verfolgt werden" zu ersehen, daß der Gesetzgeber im Gegensatz zu den §§ 51—54 St. G. B. keineswegs sagen wollte, die Handlung des Jugendlichen sei überhaupt keine Handlung im Rechtssinne. Daran habe sich auch nach Einführung des Jugendgerichtsgesetzes nichts geändert. Wenn es auch im § 2 dieses Gesetzes nicht mehr wie im alten § 55 St. G. B. heiße „kann nicht strafrechtlich verfolgt werden", so bedeute die Aenderung in „ist nicht strafbar" dennoch keine Anschauungsänderung des Gesetzgebers. Das Jugendgerichtsgesetz habe sich auch in diesem Paragraphen an den Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1909 angelehnt, der in § 68 ausdrücklich sagt: „Nicht strafbar ist, wer bei der Begehung der Handlung das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat." Aus der Begründung dieses Vorentwurfs ergebe sich, daß man durch diesen Wortlaut ausdrücklich sagen wollte, daß die Jugendlichkeit kein Schuld-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund sein soll. Und so sehen wir auch daß das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung sowohl in dem alten § 55 St. G. B als auch in dem § 2 J. G. G. nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund sieht.[1]) Trotzdem halte ich diese Ansicht nicht für richtig. Wenn auch zuzugeben ist, daß ein Kind unter 14 Jahren sicher manchmal voll deliktsfähig handeln kann, so ist doch sowohl für den § 55 St. G. B. als auch für den § 2 J. G. G. anzunehmen, daß der Gesetzgeber die schwer zu entscheidende Frage der geistigen Reife im jugendlichen Alter durch die Präsumtion der Unzurechnungsfähigkeit entscheiden wollte. Wir haben gesehen, daß die Zurechnungsfähigkeit eine Voraussetzung der Schuld ist, daß also die Unzurechnung-

[1]) R. G. 6, 161; 18, 116; 19, 192; 20, 46; 25, 366; 50, 199; 53, 86; 57, 206. Olsh. § 55 Anm. 5 (in seiner 10. Aufl. Berl. 1910) Lilienthal vergl. Darst. 5, 106; Radbr. Zentr. Bl. f. Vorm. Wesen 14, 251; Borchert S. 24.

fähigkeit einen Schuldausschließungsgrund darstellt. Wir haben ferner festgestellt, daß Unzurechnungsfähigkeit dann vorliegt, wenn dem Täter die allgemeine Fähigkeit fehlt, die sozialen Anforderungen in Bezug auf sein Verhalten richtig zu erkennen oder dieser Erkenntnis gemäß zu handeln.[1] Diese Fähigkeit wird bei den einzelnen Menschen erst in einem langsamen Entwickelungsprozeß erworben. Sie ist bei dem einen früher, bei dem anderen später vorhanden.[2] Um nun dem Richter nicht zuzumuten, in jedem einzelnen Falle Feststellungen über die Zurechnungsfähigkeit zu treffen, Entscheidungen, die erhebliche Beweisschwierigkeiten machen, ist hier auf Grund der wissenschaftlichen Forschung über die geistige Entwicklung der Menschen im § 2 J. G. G. die unwiderlegliche Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit eines Kindes unter 14 Jahren aufgestellt worden.[3] Daß diese Anschauung auch der des Gesetzgebers entspricht, erkennen wir daraus, daß es schon in den Motiven zu § 53 Entwurf des gegenwärtigen Strafgesetzbuches heißt[4]) „bis zum 12. Lebensjahr ermangelt der Mensch einer strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit. Der Jugendliche steht also dem Bewußtlosen des § 51 St. G. B. gleich." So wie wir im Zivilrecht die Grenze der Geschäftsfähigkeit haben, so haben wir im Strafrecht die der Deliktsfähigkeit. Alle solche Grenzen müssen natürlich immer willkürlich bleiben; denn die geistige Entwicklung der Menschen ist sehr verschiedenartig. Aber sie haben viele praktische Vorzüge. Auch ein Vergleich des § 55 St. G. B. mit dem § 56 St. G. B. verstärkt diese Anschauung; denn im § 56 St. G. B. wird ausdrücklich die Freisprechung des Jugendlichen zwischen 12 und 18 Jahren angeordnet, wenn er die zur Erkenntnis der strafbaren Handlung erforderliche Einsicht nicht besitzt. Der § 55 St. G. B. enthält keine solche Bestimmung. Der Gesetzgeber nahm also bei den Jugendlichen unter 12 Jahren an, daß sie generell diese Einsicht nicht besitzen. Auf diesem Standpunkt steht auch das Jugendgerichtsgesetz. Wenn das Reichsgericht[5]) behauptet, daß es sich an den § 68 des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1909 angeschlossen habe, so befindet es sich in einem Irrtum. Dieser Entwurf war damals schon längst überholt. Vielmehr hat man sich bei der Beratung des Jugendgerichtsgesetzes den Entwurf zu einem Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1919 und den Entwurf der Strafrechtskommission aus dem Jahre 1913 zum Vorbild genommen, von denen der erstere im § 129 sagt: „Ein Kind, das

---

[1]) Liszt-Schm. § 38 A, 1.
[2]) Liszt-Schm. § 38 B 1.
[3]) Liszt-Schm. § 38 B 1.
[4]) Zit. nach Lobe Anm. 1 zu § 2 J. G. G.
[5]) R. G. 57, 208.

eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, gilt als nicht zurechnungsfähig', während der § 21 des Letzteren lautet: „Nicht schuldhaft handelt, wer zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt ist." Auch aus der Aufnahme des § 4 J. G. G. ersieht man, daß der Gesetzgeber von der Schuldunfähigkeit des Jugendlichen ausging; denn nur bei dieser Annahme wurde die Einführung des Paragraphen nötig. Schließlich wird durch die jetzige Fassung des § 2 J. G. G. „ist nicht strafbar" statt der alten im § 55 gebrauchten Wendung „kann nicht strafrechtlich verfolgt werden" der Ansicht des Reichsgerichts eine Stütze entzogen, wenn man auch auf solche äußeren Gesichtspunkte weniger Gewicht legen soll. Der amtliche Entwurf sagt in seinem § 19 ebenfalls: „Nicht zurechnungsfähig ist, wer zur Zeit der Tat noch nicht 14 Jahre alt ist." Wir erkennen daraus daß der Gesetzgeber von heute in der Jugendlichkeit ebenfalls einen Schuldausschließungsgrund erblickt. Mit Recht sagt Wegner [1]), daß die Anschauung, die den Strafunmündigen für schuldfähig erkläre, sich heute nur noch hinter Wortinterpretationen verschanze, die wenig Ueberzeugungskraft haben. Aus all diesen Gründen dürfte die Ansicht abzulehnen sein, die wie das Reichsgericht in dem jugendlichen Alter nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund sieht. Jugendliche unter 14 Jahren sind überhaupt deliktsunfähig, schuldunfähig, ermangeln der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit. [2])

a) Beurteilung der Handlungen von Jugendlichen.

Während der frühere § 56 St. G. B. lautete: „Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12. aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß," hat das Jugendgerichtsgesetz dem entsprechenden § 3, da die frühere Formulierung allgemein nicht befriedigte, eine andere Fassung gegeben. „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen." Während also der Gesetzgeber bei den Kindern d. h.

---

[1]) J. W. 57 Heft 1 v. 7. 1. 28 S. 65/66.

[2]) Frank Anm. II zu § 2 J. G. G.; Kiesow Anm. 1 zu § 2 J. G. G.; v. Hippel S 32, 111; Schwartz Anm. 2 zu § 55; Hellwig Anm. 4 zu § 2 J. G. G.; v. Bar Gesetz und Schuld S. 61 ff.; Liszt-Schmidt § 38, B I, 1a Wachenf. § 40; Meyer-Allfeld § 30, 1; Ebermayer Anm. 1 zu § 2 J G. G.; jetzt auch Olsh. Anm. 2 zu § 2 J. G. G. S. 291.

den Jugendlichen unter 14 Jahren festgestellt hat, daß die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit bei ihnen unter keinen Umständen vorhanden ist, muß in den Fällen des § 3 J. G G der Richter die Frage der Zurechnungsfähigkeit von Amts wegen prüfen. Der Gesetzgeber hat dadurch auch zu dem Verhältnis zwischen der Einsichtsfähigkeit und der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit klar Stellung genommen. Er ist nicht den Wegen des sogen Vorentwurfs gefolgt, der das Merkmal des Unterscheidungsvermögens und damit die Stufe der sogen. bedingten Strafmündigkeit überhaupt aufgeben wollte.[1]) Er hat sich vielmehr den Standpunkt des Entwurfes der Strafrechtskommission von 1919 zu Eigen gemacht. „Die allgemeine Unzurechnungsfähigkeit setzt Bewußtseinsstörung, krankhafte Störung der Geistesfähigkeit oder Geistesschwäche voraus. Eine verzögerte Entwicklung oder von der Regel abweichende geistige oder sittliche Unreife genügen nicht zur Annahme der allgemeinen Unzurechnungsfähigkeit. Gerade diese Erscheinungen zeigen sich aber bei jungen Menschen, die sich in der Entwicklung befinden, nicht selten. Hierauf keine Rücksicht zu nehmen, stände mit den Grundsätzen gerechter Vergeltung in Widerspruch.“[2]) Der Richter hat also von Amts wegen zunächst die Feststellung zu treffen, ob ein Jugendlicher die Einsichtsfähigket für das Ungesetzliche“ einer Straftat hat. Das „Ungesetzliche“ ist ein relativ enger Begriff. Es umfaßt weniger als das „Unerlaubte“. Unter „Unerlaubtem“ versteht man das rechtlich oder sittlich, unter „Ungesetzlichem“ nur das rechtlich verbotene.[3]) Mit Recht weist Franke[4]) darauf hin, daß ein jugendlicher Sittlichkeitsverbrecher, der das Unsittliche seiner Handlungsweise erkennt, noch lange in der Lage zu sein braucht, auch das Ungesetzliche seiner Tat einzusehen Andererseits ist der Begriff das „Ungesetzliche“ doch wieder weitergehend als die Worte „die Strafbarkeit“ des früher geltenden § 56 St. G. B. . Das Jugendgerichtsgesetz ist in diesem Punkte schärfer als die früheren Bestimmungen. Bei der Prüfung der Einsichtsfähigkeit muß man sich auch vor Augen halten, daß diese bei jeder strafbaren Handlung getrennt untersucht werden muß. Wenn ein und derselbe Jugendliche z. B. einen Diebstahl und eine fahrlässige Körperverletzung begeht, so besteht ohne Weiteres die Möglichkeit, daß bei ihm für den Diebstahl die Einsichtsfähigkeit vorhanden ist, bei der Körperverletzung jedoch nicht.

Der bedeutendste Fortschritt des Jugendgerichtsgesetzes gegenüber den alten strafrechtlichen Bestimmungen besteht aber darin, daß das Gesetz neben der Untersuchung der Verstandesreife auch

---

[1]) vergl. Begr. des Vorentw. 1919 S. 255 ff
[2]) Begr. S. 115 zu § 130.
[3]) Begr. des amtl. Entw. von 1925 S. 17.
[4]) Anm. II zu § 3. J. G. G.

die der Willensreife verlangt, daß es also nicht allein auf die geistige sondern auch auf sittliche Entwicklung des Jugendlichen abstellt. Zwar stehen geistige und sittliche Reife in einem gewissen Zusammenhang, jedoch gewährleistet auch volle geistige Reife nicht immer sittliche Reife. „Was hilft es, daß das Kind, daß der junge Mensch Recht und Unrecht zu unterscheiden vermag, was nützen ihm die auswendig gelernten formulierten Lehren des Sittengesetzes, wenn er den sozialen und ethischen Gehalt der so geschützten Rechtsgüter nicht begreift, wenn ihm als natürliche Folge seines Alters noch die Kraft, die Energie des Charakters fehlt, dem Triebe zu widerstehen, der zu einer strafbaren Handlung hinführt. Die sittliche Reife, sie ist es, die den meisten jungen Kriminellen zu einer Zeit noch fehlt, wo die Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung schon lange vorhanden war. Jene sittlichen Gefühle können sich ja erst später entwickeln; denn sie werden zum größten Teil nur durch Erziehung und Beispiel gewonnen."[1])

Wir erkennen daraus, wie wichtig es ist, daß bei der Bestrafung eines Jugendlichen nicht nur seine geistige, sondern auch seine sittliche Reife der richterlichen Prüfung unterliegt. Kommt der Richter zur Verneinung der Zurechnungsfähigkeit, so muß er den Jugendlichen gemäß § 3 J. G. G. freisprechen. Solche Jugendliche sind aus denselben Gründen wie die Kinder deliktsunfähig, schuldunfähig, ermangeln der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit.

c) Wie weit ist im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes mittelbare Täterschaft möglich?

Wir haben festgestellt, daß sowohl Kinder als auch in gewissen Fällen Jugendliche nicht schuldhaft handeln, also auch keine strafrechtlich relevante Handlung begehen können. Wer solche Personen zu einer Straftat veranlaßt, müßte also für diese als mittelbarer Täter haften; denn das Delikt erhält erst durch das Willens- und Schuldelement des Veranlassenden sein strafrechtliches Bild. Dieser äußerlich ganz klaren Sachlage scheint jedoch die positive Bestimmung des § 4 J. G. G. entgegenzustehen: „Die Strafbarkeit des Anstifters wird durch die Vorschriften der §§ 2 und 3 nicht berührt." Was bezweckte der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift? Wie weit ist heute im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes mittelbare Täterschaft überhaupt noch möglich? Vor dessen Erlaß war die Sachlage ganz klar. Wir haben gesehen, daß die Strafunmündigkeit die Schuld des Jugendlichen ausschließt. Daraus ergibt sich, daß an der Tat eines solchen Jugendlichen weder

1) Neter S. 13 ff.

Anstiftung noch Beihilfe möglich war. Diese Teilnahmehandlungen setzen voraus, daß die Haupttat schuldhaft und zwar vorsätzlich begangen worden ist. Infolgedessen kam früher wegen der Akzessorietät der Teilnahme eine Strafbarkeit nur dann in Frage, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft Platz greifen konnten. Selbstverständlich waren diejenigen Juristen anderer Meinung, die mit dem Reichsgericht in dem § 55 St. G. B. nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund erblickten. Das Jugendgerichtsgesetz hat sich nun dem Entwurf von 1919 angeschlossen, der, trotzdem er in seinem § 129 die Srafunmündigkeit als einen Schuldausschließungsgrund betrachtete, ausdrücklich in in den §§ 28, 29, 234, 383, die Strafbarkeit des Anstifters, Gehilfen, Begünstigers und Hehlers bejahte. Dieselben Bestimmungen finden wir daher auch im § 4 J. G G. Wir erkennen daraus, daß die Strafunmündigkeit eine eigenartige Zwischenstellung zwischen einem Schuld- und einem persönlichen Strafausschließungsgrund einnimmt. Der Sinn dieser Bestimmung ist verständlich. Die herrschende Ansicht wollte dadurch die unerwünschte Straflosigkeit all derjenigen Leute verhindern, die ihrer Meinung nach als Teilnehmer, Begünstiger und Hehler deswegen nicht zu fassen waren, weil die Schuldunfähigkeit des Jugendlichen dies verhinderte.[1])

Aus der Begründung des § 4 J. G. G. ergibt sich, daß es nicht darauf ankommen soll, ob der Anstifter gewußt hat oder nicht, daß der Angestiftete strafunmündig ist. Man könnte daher der Meinung sein, daß der Gesetzgeber hier durch positive Bestimmung die Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft selbst in den Fällen ausschließen wollte, in denen jemand sich eines Jugendlichen als Werkzeug bedient. So sagt Liszt-Schmidt:[2]) „Mittelbare Täterschaft ist unter keinen Umständen anzunehmen, vielmehr ist der ein Kind zur Verwirklichung eines Straftatbestandes Veranlassende stets Anstifter im technischen, der dem Kind Helfende stets Gehilfe gemäß § 49 St. G. B.“ [3]) Ich halte diese Anschauung jedoch nicht für richtig. Der § 4 J. G. G. legt nur die Strafbarkeit des Anstifters fest, läßt aber die juristischen Gesichtspunkte, ob er wegen Anstiftung oder Täterschaft zur Verantwortung gezogen werden soll, unberührt. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, die rechtliche Charakterisierung der Straftat

---

[1]) Diese Ansicht wird nicht geteilt. Vgl. S. 38. Wer einen 16 jährigen geistig und sittlich unreifen Jugendlichen zu einer Straftat bestimmt, haftet für diese Tat als mittelbarer Täter, auch wenn er den Jugendlichen für strafrechtlich voll verantwortlich hielt.

[2]) § 50 Anm. 4.

[3]) Vergl. auch Gerland Festschrift für Rosenthal 1923 S. 77 ff., ferner Frank Anm. zu § 4 J. G. G.

des Anstifters gleichmäßig zu gestalten, gleichgültig, ob er die Strafunmündigkeit gekannt hat oder nicht. Wenn jemand sich eines Kindes oder eines Jugendlichen, dessen jugendliches Alter und geistig-sittliche Unreife er kennt oder vermutet, zu einer strafbaren Handlung bedient, so kann nur eine Bestrafung als mittelbarer Täter in Frage kommen; denn er wollte ja dann einen strafrechtlichen bedeutsamen Erfolg derart herbeiführen, daß er trotzdem als Verursacher des Erfolges erscheint.[1]) Wenn der Strafunmündige infolge seines geringen Hemmungsvermögens Werkzeug in der Hand des Strafmündigen ist, oder wenn der Strafmündige und der Strafunmündige Voraussetzungen der Mittäterschaft erfüllen würden, wenn dem nicht die Unzurechnungsfähigkeit entgegenstände soll dann der Strafmündige wegen Anstiftung bestraft werden? Meiner Meinung nach ein unbilliges Ergebnis. Ich halte daher auch im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes mittelbare Täterschaft für möglich [2])

3. Kap. Nötigung.

Gemäß § 52 Abs. 1 St. G. B. ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist. Was unter dem Ausdruck unwiderstehliche Gewalt zu verstehen ist, ist äußerst bestritten. Während teilweise die Ansicht vertreten wird, daß darunter nur die sogen. vis absoluta fällt, das heißt die Gewalt, die den Genötigten zum willenlosen Werkzeug des Nötigenden macht,[3]) wird von der heute wohl herrschenden Anschauung angenommen, daß Gewalt im Sinne dieses Paragraphen nur die vis compulsiva umfaßt, nämlich die Gewalt, durch die der Wille des Genötigten zu einer bestimmten Handlung gefügig gemacht wird.[4]) Die Anhänger der herrschenden Ansicht begründen diese mit der Entstehungsgeschichte und weisen auf den entsprechenden § 40 des alten preußischen Strafgesetzbuches hin. Dort wird ihrer Meinung nach der Ausdruck „unwiderstehliche Gewalt“ deshalb nicht erwähnt, weil der als Werkzeug Dienende niemals eine strafbare Handlung begehen kann. Von den Anhängern der ersteren Anschauung wird dagegen wieder angeführt,

---

[1]) Für den Irrtum gilt auch hier das auf S. 19 Gesagte.
[2]) Kiesow Anm. 5 § 4 J. G. G.; Hellwig Anm. 2 zu § 4 J. G. G. Olsh. Anm. 2 zu § 4 J. G. G.; Wegner J. W. 57. Jahrg. Heft 1 S. 65/66.
[3]) Finger 1, 428 u. a.
[4]) Ebermayer-Lobe Anm. 2 zu § 52; Frank Anm. I 1 zu § 52; Schütze 114 Nr. 13; Schwartz Nr. 2b zu § 52; R. G. 27, 405; 45, 153.

daß die vis compulsiva in der Drohung mit enthalten ist. Den Anhängern der herrschenden Ansicht ist entgegenzuhalten, daß nirgends ein Grund dafür vorhanden ist, die vis absoluta aus dem Begriff „unwiderstehliche Gewalt" auszuscheiden. Die willkürliche Auslegung des § 40 des Preußischen Staatsgesetzbuches erscheint verfehlt. Aber auch Finger und seine Ahänger begehen einen Fehler, wenn sie die vis compulsiva in der Drohung aufgehen lassen wollen. Zwischen vis compulsiva und Drohung besteht ein bedeutsamer Unterschied. Die Drohung stellt erst ein Uebel in Aussicht, die vis compulsiva fügt dem Genötigten, um ihn willfährig zu machen, augenblicklich ein Übel zu. Zugegeben muß jedoch werden, daß die vis absoluta im Rahmen dieses Paragraphen ihren Zweck verfehlt, weil ein unwiderstehlich Gezwungener eine rechtlich relevante Handlung überhaupt niemals begehen kann. Wir kommen trotzdem aber aus den oben angeführten Gründen zu dem Ergebnis, daß der Ausdruck „unwiderstehliche Gewalt" sowohl die vis absoluta als auch die vis compulsiva umfaßt.[1])

Wenn wir uns nun nach der rechtlichen Bedeutung der Nötigung fragen, so sagt das Gesetz nur, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist. Bei der Handlung durch unwiderstehliche Gewalt dürfte die Lösung dieser Frage keine Schwierigkeiten machen, weil der Genötigte hier überhaupt keinen strafrechtlich relevanten Willen hat. Derjenige, der den Zwang ausübt, ist mittelbarer Täter; denn er hat den strafrechtlich bedeutsamen Erfolg durch eine andere Person derart herbeigeführt, daß er trotzdem als Verursacher des Erfolges erscheint.[2])

Um so schwieriger gestaltet sich die Frage in den Fällen der Drohung. Ist in der Straflosigkeit des § 52 St. G. B. ein Unrechts-, persönlicher Straf- oder ein Schuldausschließungsgrund zu erblicken. Alle Ansichten werden vertreten. Die Anhänger der ersten Ansicht müssen sich jedoch die Motive zu dem entsprechenden § 50 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund entgegenhalten lassen. Aber auch rein praktisch führt die Annahme eines Unrechtsausschließungsgrundes zu höchst bedenklichen Folgerungen. Danach wäre es unmöglich, den Angriff eines Genötigten durch eine Notwehrhandlung abzuwehren; denn Notwehr verlangt gemäß § 53 St. G. B. einen gegenwärtigen „rechtswidrigen" Angriff.[3]) Wer aber die Nötigung des § 52 St. G. B. für einen bloßen Strafausschließungsgrund hält, also Teilnahne für möglich erklärt,[4])

[1]) Vergl. Olsh. Anm. 3 zu § 52; M. E. Mayer S. 313/14.
[2]) Ders. Ans. Frank Vorbem. Absch. 3 III 1. Die überwiegende Meinung nimmt unmittelbare Täterschaft an z. B. Borchert S. 104; van Calker d. Strafrecht. Verantwortl. S. 16 ff. Lehmann S. 33; Petri S. 24.
[3]) Meyer-Allfeld S. 130; Wachenf. S. 120 ff. Liszt-Schm. § 33, 34.
[4]) Finger 1, 421 ff. besond. 428.

übersieht den Wortlaut des Gesetzes, das ausdrücklich davon spricht, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist. Vielmehr sagen die Motive zu § 50 des Entwurfes des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund:[1]) „Der Fall des § 50 — jetzt § 52 — unterscheidet sich von dem § 49 — jetzt § 51 — dadurch, daß hier das Bewußtsein des Täters von der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung nicht ausgeschlossen ist, dagegen statt der eigenen freien Willensbestimmung dem Täter ein fremder Wille aufgenötigt wird, und der Täter in dessen Folge nur als das nicht verantwortliche Werkzeug des fremden Willens erscheint." Wenn auch zugegeben ist, daß eine Handlung gemäß § 52 St. G. B. einem Willensentschluß der genötigten Person entspringt, so muß doch andererseits festgestellt werden, daß die Drohung diesen Willen zu einem ganz bestimmten Handeln veranlaßt hat. Der Wille hat gezwungenermaßen eine ganz andere Richtung gewiesen erhalten. Er ist einen Weg gegangen, den er bei freier selbständiger Entwicklung nicht eingeschlagen haben würde. Er konnte sich unter dem Druck des fremden Willens nicht entwickeln Infolgedessen wird die Ausführungshandlung durch den Zwang des fremden Willens herbeigeführt. Mit Recht sagt das Reichsgericht:[2]) „Derjenige, dessen Tun sich ausschließlich als die Folge eines fremden, ihm aufgenötigten Willens darstellt, hat bei dem Tun keinen eigenen freien Willen; wegen Nichtvorhandensein einer strafbaren Handlung entfällt die Möglichkeit, Anstiftung zu konstruieren." Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß § 52 St. G. B. einen Schuldausschließungsgrund darstellt, und daß der Nötigende für die strafrechtlich relevante Tat als mittelbarer Täter haftet. Alle Erfordernisse der mittelbaren Täterschaft liegen in seiner Person vor.[3])

4. Kap. Notwehr und Notstand.

Auch in gewissen Fällen der Notwehr und des Notstandes ist mittelbare Täterschaft möglich. Gemäß § 53 St. G. B. ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten ist. Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren. Da die Notwehr gemäß § 227 B. G. B. nicht widerrechtlich ist, und da das, was nach dem bürgerlichen Gesetzbuch erlaubt ist, nicht strafrechtlich relevant sein kann, so bestehen wohl allgemein keine Zweifel darüber, daß

---

[1]) Nr. 5 Drucksachen des Reichstags, Sitzungsperiode 1870, I. Legislaturperiode.
[2]) 31, 395/396.
[3]) Vergl. Frank Anm. III zu § 52; Ebermayer-Lobe Anm. 1 zu § 54; Olsh. Anm. 14 zu § 52; Petri S. 24/25; R. G. 31, 395; 57, 268.

jede Notwehrhandlung die Rechtswidrigkeit ausschließt [1] Infolgedessen ist strafbare Teilnahme an einer Notwehrhandlung begrifflich ausgeschlossen. Diese Teilnahme kann jedoch dann unter dem Gesichtspunkte der mittelbaren Täterschaft gewertet werden, wenn sich jemand die Notwehrhandlung zur Erreichung eines verbrecherischen Zieles dienstbar macht. Am besten machen wir uns das an einem Beispiel klar. Wenn z. B, der A den B veranlaßt, den C so lange zu ärgern, bis C den B tätlich angreift, so daß B gezwungen ist, den C in Notwehr niederzuschießen, so liegt bei A mittelbare Täterschaft dann vor, wenn A von vornherein die Absicht hatte, sich durch die Notwehrhandlung des B seines Feindes C zu entledigen. A hat durch seine Handlungsweise den strafrechtlich relevanten Erfolg von seinem Standpunkte aus rechtswidrig verursacht; er hat den Tätervorsatz und ist infolgedessen für seine Tat zur Verantwortung zu ziehen. [2]

Aehnlich liegt es in den Fällen des Notstandes. Nach § 54 St. G. B. ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist. Das Wesen der Straflosigkeit ergibt sich ebenso wie in den Fällen der Nötigung aus der Schuldlosigkeit des Täters; denn theoretisch ist die Nötigung dem Notstandsbegriff unterzuordnen. Aus den dort angegebenen Gründen ist in dem Notstand ein Schuldausschließungsgrund zu erblicken. Auch hier werden wir an einem Beispiel sofort erkennen, daß auch in diesen Fällen unter gewissen Umständen mittelbare Täterschaft möglich ist. Wenn z. B. der A den B in einen Fluß stößt, den dieser nur unter Zerstörung der am Ufer befindlichen Gartenanlagen verlassen kann, so haftet A für diese Sachbeschädigung dann als mittelbarer Täter, wenn er den B in den Fluß gestoßen hat, um die Gartenanlagen zu zerstören. [3] A hat den strafrechtlich relevanten Erfolg unter Benutzung des B schuldhaft und rechtswidrig verursacht.

5. Kap. Irrtum.

Wenn wir uns nun fragen, ob auch in den Fällen des Irrtums mittelbare Täterschaft möglich ist, so scheint ein gewisser Gegensatz dadurch vorhanden zu sein, daß § 48 St. G. B. zu

---

[1]) Frank Anm. III zu § 53.
[2]) v. Michael S. 35; Clementz S. 36/37; Hergt S. 160; anderer Mein. Mittermaier Z 21, 246;
[3]) Clementz S. 36/37.

den Mitteln der Anstiftung auch die Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums zählt. Dieser Gegensatz ist aber nur scheinbar; denn § 48 umfaßt nur die Fälle, in denen jemand zur Begehung eines Delikts, dessen Strafbarkeit ihm vollständig bekannt ist, durch einen Irrtum veranlaßt wird. Der verbrecherische Wille des Täters wird durch den Irrtum, den der Anstifter absichtlich herbeiführt, günstig beeinflußt. Die hemmenden Momente treten in den Hintergrund, und der Angestiftete begeht die Tat. Ein Beispiel wird uns den Fall sofort klar machen. Der A stiftet den B an, den C zu ermorden, indem er ihm vorspiegelt, daß der C seine, des B, Frau verführt habe. In diesem Falle ist B wegen Mordes, A wegen Anstiftung strafbar. Ganz anders liegen die hier gemeinten Fälle. Bei diesen irrt sich der Handelnde nicht über die Motive seiner Tat, er befindet sich vielmehr in einem Irrtum über das Vorhandensein von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Hier brauchen der verbrecherische Wille nicht günstig beeinflußt, die hemmenden Willensmomente nicht übertönt zu werden; denn diese können garnicht vorhanden sein. Der Arzt A veranlaßt die Krankenpflegerin B, dem C eine Dosis Gift zu geben, indem er ihr vorspiegelt, es handele sich um eine für den Kranken notwendige Medizin Wo jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, können dem Handelnden gemäß § 59 St. G. B. diese Umstände nicht zugerechnet werden. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die vielen Fragenkomplexe, die bei der Lehre vom Irrtum vorhanden sind, eingehend zu erörtern. Nur kurz möchte ich darauf hinweisen, daß meiner Meinung nach zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im allge- nicht erforderlich ist. Vielmehr genügt die Kenntnis der äußeren Tatumstände und nur in den Fällen, in denen das Strafgesetzbuch ausdrücklich die Rechtswidrigkeit hervorhebt, muß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vom Vorsatz mit umfaßt werden [1]) Derjenige, der einen Menschen in einen Irrtum versetzt, um ihn als Werkzeug zu einer strafbaren Handlung zu benützen, haftet für diese als mittelbarer Täter In dem oben angeführten Beispiel ist also, da die Krankenpflegerin B wegen Fehlens des Vorsatzes nicht bestraft werden kann, der Arzt A wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen. Aber selbst wenn die Krankenpflegerin B wegen fahrlässiger Tötung zur Verantwortung gezogen wird, ändert

---

[1]) Derselben Ans. R. G. 20, 393; 26, 365; 58, 249; v. Bar Ges. u. Schuld II 373 ff.; besonders 391; Schwartz Anm. 7 zu § 59; Wachenf. S. 152 u. a. Dagegen fordern das Bewußtsein in der Rechtswidrigkeit Olsh. Anm. 30 zu § 59; Meyer-Allfeld S. 166; Ebermayer-Lobe Einl. S. 49 u. a. Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit verlangt z. B. Finger 1, 261 u. a.

dies an unserem Ergebnis nichts. Es gibt nach herrschender Ansicht keine Teilnahmehandlungen an Fahrlässigkeitsdelikten, [1]) so daß auch solche Fälle unter dem Gesichtspunkte der mittelbaren Täterschaft zu werten sind

6. Kap. Der Befehl.

Bevor wir uns die Frage vorlegen, wie der Befehl des Vorgesetzten an seinen Untergebenen strafrechtlich zu werten ist, und in welchem Umfange auf diesem Gebiete mittelbare Täterschaft möglich bleibt, müssen wir auf das Wesen des Befehls zurückgehen. Ist der Befehl, wie es Finger[2]) meint, ein Zwang zur Vornahme der anbefohlenen Handlung, ist er unwiderstehliche Gewalt[3]), ist er Drohung?[4]) Ich glaube, daß keine dieser Ansichten das Wesen des Befehls ganz erkannt hat. Gegen Oppenhofs Ansicht läßt sich anführen, daß ein Befehl, mag ein noch so starker Druck auf den Untergebenen ausgeübt werden, niemals als unwiderstehliche Gewalt im Sinne von § 52 St. G. B. zu werten ist. Aber auch die Anschauungen Fingers und van Calkers sind einseitig. Wohl ist in jedem Befehl ein gewisser Zwang, also auch eine Drohung dadurch enthalten, daß seine Nichtbefolgung unter Strafe gestellt ist Dieser Zwang wirkt jedoch erst subsidiär. In den meisten Fällen führt der Untergebene den Befehl deswegen aus, weil er sich bewußt ist, daß er seinen Vorgesetzten in dienstlicher Hinsicht Gehorsam schuldet. Diese eigenartige Verbindung von dienstlicher Unterordnung und strafrechtlicher Drohung geben dem Befehl sein Gepräge. Wenn wir nun die Fälle betrachten, bei denen der Untergebene selbst bei der Ausführung strafbarer Handlungen zum Gehorsam verpflichtet ist,[5]) — nur diese sind in dem Rahmen der vorliegenden Abhandlung von Bedeutung, — so müssen wir uns fragen, stellt die Befolgung eines sogen. rechtlich bindenden Befehls dem Untergebenen einen Unrechts- oder einen Schuldausschließungsgrund schützend zur Seite? Die Ansicht, daß eine auf einen solchen Befehl hin vorgenommene Handlung die Rechtswidrigkeit aus-

---

[1]) Ders. Ans. Meyer-Allfeld 221/225; Schwartz Anm. 2 zu § 48; Finger 1, 344, 357; Frank Vorbem. z. Abschn. 3 IV, 2; R. G. 10, 8; 20, 54; 23, 175 45, 88; 51, 39; 53, 27; u. a. and. Mein. Olsh. § 48 Anm. 18, § 49 Anm. 18; M. E. Mayer 407; Beling 3 18, 273; Birkmeyer Teilnahme 141; Borchert S. 60 u. a.

[2]) S. 404.

[3]) Oppenhof-Delius § 52 Ziff. 5.

[4]) van Calker S. 7 ff.

[5]) Mit Unrecht leugnet M. E. Mayer S. 335 jede Verbindlichkeit eines eine rechtswidrige Handlung verlangenden Befehls. Die Ansicht wird durch § 47 M. St. G. B. und § 34 Seem. Ordn. widerlegt.

schließe, wird auch heute noch viel vertreten.[1]) Es ist jedoch unerklärlich, wie eine vom Strafrecht als rechtswidrig bezeichnete Handlung sich durch den bindenden Befehl eines Vorgesetzten in eine rechtmäßige verwandeln kann. Jeder Vorgesetzte könnte dadurch die Rechtsordnung nach seinem Willen gestalten. Aber auch der von Frank[2]) behauptete sogen. subjektive Rechtfertigungsgrund ist abzulehnen. Frank meint, daß die in dem Befehle liegende Rechtfertigung nur zu Gunsten des Untergebenen nicht aber des Vorgesetzten wirken kann. Auch besteht seiner Ansicht nach kein Grund, ihn Dritten zu Gute kommen zu lassen, die etwa dem Untergebenen bei Erfüllung seiner Gehorsamspflicht helfen. Andererseits läßt jedoch Frank Notwehr gegen die Handlungen des Untergebenen zu. Er gibt dadurch selbst zu, daß die Handlungsweise des Untergebenen objektiv rechtswidrig ist, will aber scheinbar dem Gehorchenden durch seinen subjektiven Rechtfertigungsgrund für das objektiv rechtswidrige Tun nicht bestrafen. Dies aber ist gerade das Wesen des Schuldausschließungsgrundes.[3]) Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß ein sogen. subjektiver Rechtfertigungsgrund nicht anzuerkennen ist.[4]) Derjenige, der auf Grund eines rechtlich bindenden Befehls handelt, ist nicht strafbar, weil ihm die Schuld, ein Moment der Strafbarkeit, fehlt.[5]) Infolgedessen kann derjenige, der auf Grund eines solchen Befehls handelt, nicht zugleich eine Strafrechtsnorm verletzen. Wer als Vorgesetzter seinen Untergebenen zu einer strafrechtlich relevanten Handlung veranlaßt, haftet für diese als mittelbarer Täter. Alle Voraussetzungen, die wir im ersten Teil unserer Abhandlung von dem mittelbaren Täter verlangten, liegen in seiner Person vor. Wenn dieses Ergebnis auch durchaus zu billigen ist, so kann es doch Fälle geben, bei denen die Straflosigkeit des Untergebenen zu weit führen würde. Dieser Tatsache hat der § 47 des Mil. St. G. B. Rechnung getragen. Dort heißt es: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den Untergebenen die Strafe des Teilnehmers, wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte“ Guter Glaube schließt jedoch die Strafbarkeit des Untergebenen aus.[6])

---

[1]) Meyer-Allfeld S. 138; Ebermayer-Lobe Einl. S. 13 Ziff. 8; Wachenf. 133, Gerland 120.
[2]) Vorbem. 4. Abschn. III.
[3]) Vergl. eingehende Ablehnung von Liszt-Schmidt § 35 Anm. 1.
[4]) Liszt-Schmidt § 35 Anm. 1; M. E. Mayer S. 335.
[5]) Liszt-Schmidt § 35 I 3; M. E. Mayer S. 334/335; Hegler Zeitschr. 36, 215 Note 110.
[6]) R. M. G. R. 1, 146.

Die Übertretungen werden an dieser Stelle nicht erwähnt Warum dies der Fall ist, wird sofort klar, wenn man sich nach dem Sinn und dem Zweck der Bestimmungen des § 47 Mil St. G. B. fragt. Zwei Faktoren stehen sich hier gegenüber, zwischen denen ein Ausgleich gefunden werden muß: Die militärische Ordnung und Disziplin auf der einen, die durch die Normen des Strafrechts geschützten Rechtsgüter auf der anderen Seite. Bei einer Verletzung der Letzteren durch ein Verbrechen oder Vergehen hat der Gesetzgeber den militärischen Gehorsam aufgehoben; denn höher als jede Gehorsamspflicht steht in solchen Fällen das Recht. Wenn der Befehl eines Vorgesetzten die Absicht hat, mittels eines Verbrechens oder Vergehens das Recht zu beugen, so ist der Untergebene, wenn er die Gewißheit hat, daß der Vorgesetzte diese Absicht hegt, verpflichtet, ihm den Gehorsam zu verweigern. Anders liegt der Fall jedoch bei den Uebertretungen. Hier handelt es sich nur um unbedeutende Verstöße gegen die Rechtsordnung. Es wäre im Interesse der Disziplin eines Heeres praktisch gänzlich verfehlt, in solchen Fällen die Gehorsamspflicht des Untergebenen aufzuheben. Nur in schwerwiegenden Fällen darf von dieser äußersten Maßnahme Gebrauch gemacht werden. Darum hat der Gesetzgeber mit Recht bei Uebertretungen die unbedingte Gehorsamspflicht beibehalten und dem Untergebenen Straffreiheit zugesichert.

Wir kommen daher zu folgendem Ergebnis: Die Fälle, in denen der Untergebene den Befehlen des Vorgesetzten nicht auf Grund der Gehorsamspflicht Folge zu leisten hat, scheiden bei einer Betrachtung der mittelbaren Täterschaft völlig aus. Bei ihnen kommen die allgemeinen Vorschriften von Täterschaft und Anstiftung zur Anwendung. Ist die Gehorsamspflicht jedoch vorhanden, der Befehl also rechtlich bindend, so haftet der Vorgesetzte für eine strafbare Handlung in Ausführung seines Befehls als mittelbarer Täter. Die Straflosigkeit des Gehorchenden wird jedoch teilweise aus praktischen Erwägungen eingeschränkt.[1])

7. Kap. Ist mittelbare Täterschaft bei allen Deliktstatbeständen möglich?

„Das bestimmte Verbrechen mittelbare Täterschaft ausschließen, steht wissenschaftlich fest.“[2]) Wir werden in Folgendem untersuchen, ob dieser Satz Bindings zu Recht besteht.

---

[1]) § 47 M. St. G. B.

[2]) Binding G. S. 76, 93.

a) Die Sonderdelikte

Ein großer Teil der Literatur steht auf dem Standpunkt, daß die sogen. Sonderdelikte insbesondere die Amtsdelikte, aus ihrem höchst persönlichen Wesen heraus in mittelbarer Täterschaft nicht begangen werden können.[1]) Es bedarf wohl keiner näheren Erörterung, daß ein Nichtbeamter ein Beamtendelikt in unmittelbarer Täterschaft nicht begehen kann, weil es am objektiven Tatbestand fehlt. Ferner können auch die Fälle ausgeschaltet werden, in denen ein Beamter durch einen Nichtbeamten als Werkzeug eine solche Straftat ausführen läßt, weil hier die mittelbare Täterschaft ohne Zweifel durchgreift. dagegen müssen die Fälle einer eingehenden Prüfung unterzogen werden, in denen ein Nichtbeamter durch einen Beamten den objektiven Tatbestand eines Beamtendelikts setzen läßt.[2])

Immer wieder wird betont, daß Täter eines solchen Sonderdelikts nur derjenige sein kann, der durch diese besonderen Vorschriften getroffen werden soll. Infolgedessen kann ein Nichtbeamter als Hintermann niemals ein Beamtendelikt in mittelbarer Täterschaft begehen. Wenn auch im allgemeinen die Vorschriften über mittelbare Täterschaft bei ihm zutreffen, so läßt sich doch nicht leugnen, daß in seiner Person die Beamteneigenschaft nicht vorhanden ist, er also die Normen der Beamtendelikte nicht verletzt haben kann. „Ein Ersatz rein physischer Hilfsmittel ist jederzeit zu beschaffen, allein rechtliche Voraussetzungen können für die Person des Täters nicht surrogiert werden. Die Ueberleitung der persönlichen Qualität, die dem Werkzeug anhaftet, auf den Handelnden vergewaltigt deren höchtpersönliche Natur.[3])

Wir wollen bei dieser Betrachtung wieder von den Ergebnissen des ersten Teiles unserer Abhandlung ausgehen und die dort gewonnenen Erkenntnisse anwenden. Wir haben gesehen, daß der mittelbare Täter dem allgemeinen Täterbegriff unterzuordnen ist. Wenn also Nagler sagt, „ein Ersatz rein physischer Hilfsmittel ist jederzeit zu beschaffen, allein rechtliche Voraussetzungen können für die Person des Täters nicht surrogiert werden." so begeht er den schon von uns wiederlegten Fehler, in der mittelbaren Täterschaft eine Fiktion oder Surrogation zu sehen. Der mittelbare Täter haftet jedoch nicht kraft einer Surrogation für die Handlung eines anderen, sondern er haftet für seine eigene Handlung, für den von ihm schuldhaft verursachten Erfolg. Infolge-

---

[1]) Frank Vorbem. III. Abschn. III; Liszt-Schm. § 50, 3; Binding G. S. 76, 96; Ebermayer-Lobe S. 39; Schwartz § 47 Anm. 2, Nagler S. 68 ff; Kohler Studien I S. 134; Borchert S. 106.

[2]) Petri S. 68; Winter S. 38.

[3]) Nagler S. 68 ff. bes. 71/72.

dessen wird die Handlung des als Werkzeug benutzten Beamten niemals Handlung des mittelbaren Täters, sondern der mittelbare Täter haftet lediglich für seine Tat.[1])

Bei der Untersuchung der Frage, ob dem mittelbaren Täter, der Nichtbeamter ist, auch die Beamteneigenschaft zuzurechnen ist, ist von der Erwägung auszugehen, welche Rechtsgüter durch die Bestrafung fehlender Beamter geschützt werden sollen. Zwei Möglichkeiten sind denkbar: Man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß hier Pflichtverletzungen von Personen, die zu dem Staate in einem engen Treuverhältnis stehen, eine besonders strenge Ahndung finden sollen, man kann aber auch der, wie ich glaube, richtigen Meinung sein, daß der Staat deswegen die Amtsdelikte statuiert hat, um die staatliche und gesellschaftliche Sicherheit und Ordnung, deren Eckpfeiler ein redliches Beamtentum ist, zu schützen. Daß der letztere Gedanke nicht abwegig ist, ersieht man daraus, daß bei der Verletzung der Amts- und Dienstpflicht bei dem Beamten in erster Linie die Disziplinarstrafe eintritt. Die öffentliche Strafe trifft das Außenverhältnis Dritten gegenüber, die Disziplinarstrafe das Innenverhältnis zwischen dem Beamten und dem Staat, also das Treuverhältnis. Wenn wir erst erkannt haben, daß das durch die Amtsdelikte geschätzte Gut die Sicherheit von Staat und Gesellschaft ist, so dürfte es keine Schwierigkeiten machen, meinem von der überwiegenden Meinung bekämpften Standpunkt zu folgen und dem mittelbaren Täter die Beamteneigenschaft zuzurechnen. Wenn ein Nichtbeamter mittels eines Beamten als Werkzeug ein echtes oder unechtes Amtsdelikt begeht, so hat wohl die herrschende Meinung Recht, wenn sie sagt, daß dieser Nichtbeamte niemals wegen Verletzung der zwischen dem Beamten und dem Staate bestehenden Treupflicht bestraft werden könne. Wir haben aber gesehen, daß diese Treupflichtverletzung nicht die Ursache bildete, die Amtsdelikte in den Rahmen des Strafgesetzbuches aufzunehmen. Der Nichtbeamte wird vielmehr dafür bestraft, daß er die durch die Amtsdelikte geschützte staatliche und gesellschaftliche Ordnung gefährdet hat. Und wenn demgegenüber der Einwand geltend gemacht wird, daß dieser Nichtbeamte ein solches Delikt niemals als unmittelbarer Täter begehen könne, so muß immer und immer wieder betont werden, daß sich die mittelbare Täterschaft als keine Fiktion, als keine Uebertragung von Tatbeständen darstellt, sondern daß der mittelbare Täter wegen seiner eignen verursachenden Täterschaft zur Verantwortung gezogen wird. (Petri S. 47—52) Aus diesem Grunde ist ihm auch die Beamteneigenschaft zuzurechnen, und es bleibt für die Haftung des Nichtbeamten gleichgültig, ob er ein echtes oder ein unechtes Amtsdelikt verursacht hat.

4[1]) Petri S. 7/52.

Soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen entgegenstehen, besteht kein Grund die mittelbare Täterschaft einzuschränken; denn es läßt sich nun einmal nicht hinwegleugnen, daß der Nichtbeamte für einen strafrechtlichen Erfolg kausal geworden ist. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß mittelbare Täterschaft auch bei Sonderdelikten möglicht ist. [1])

b) Die eigenhändigen Delikte.

Häufig wird auch die Ansicht vertreten, daß gewisse Tatbestände unübertragbar sind, daß diese Delikte also nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können. Man spricht hier von den sogen. Tätigkeits- im Gegensatz zu den Erfolgsdelikten, oder auch mit Beling[2]) von den sogen. Formal- im Gegensatz zu den Materialdelikten. Mittelbare Täterschaft soll bei ihnen deswegen nicht möglich sein, weil diese Handlungen zu den konkreten Begriffen gehören, die nicht blos in Worten, sondern auch in sinnlichen Anschauungen bestehen.[3]) Zu diesen Begriffen gehört z. B. das Schreiben und Einsteigen. Und so wird immer wieder der Einsteigediebstahl als Schulbeispiel für unübertragbare Tatbestände angeführt. Immer und immer wieder wird gesagt, daß das, was den Diebstahl zu einem schweren macht, die Betätigung besonderer Hartnäckigkeit des verbrecherischen Willens in diesem Falle nicht vorliege, denn unter diesem hartnäckigen Willen verstehe man nicht, daß schließlich auf irgend eine Weise die schützende Umschließung des Raumes überwunden werde, sondern vielmehr, daß der Täter selbst die Hindernisse durch die Körperbewegung des Einsteigens überwunden habe, und dadurch seinen Eintritt nehme. Bedient er sich dazu eines Werkzeugs, so sei dies nicht anders zu bewerten, als ob er sich ein Tier oder einen leblosen Gegenstand für seine Zwecke dienstbar mache. Es fehle hier an der vom Gesetz ausdrücklich verlangten hartnäckigen Betätigung des verbrecherischen Willens. Der Täter sei daher nicht anders zu bestrafen, als ob er selbst von außen in die Speisekammer hineingelangt habe. Es handele sich bei dem Merkmal des Einsteigens um einen Begriff, bei dem die Vorstellung in einer sinnlichen Anschauung bestehe. Wir sehen die wesentlichen Elemente des Begriffs im Geiste verwirklicht, und wo das Objekt dieser Anschauung der Handelnde selbst sei, fassen wir dies alles zu einem konkreten Begriffe zusammen. Der Einsteigediebstahl erhalte sein Gepräge durch die

---

[1]) Ders. Ans. Petri S. 52; Meyer-Allfeld S. 214, 215; Finger 1, 337 und Winter S. 40

[2]) Lehre vom Verbrechen S. 236 ff.

[3]) Höpfner Z 22. 213.

erhöhte Gefahr des Einsteigens. Wer aber lediglich ein Werkzeug einsteigen lasse, rufe diese Gefahr nicht hervor.[1])

Diese oft vertretene Anschauung, daß derjenige, der ein Werkzeug zur Ausführung des Einsteigens benütze, nicht den intensiv rechtswidrigen Willen betätige, den das Gesetz erfordert, halte ich für abwegig. Gerade wer ein sogen. Werkzeug einsteigen läßt, zeigt eine derartige Hartnäckigkeit des verbrecherischen Willens, daß er für diese Umstände ohne Zweifel haften muß. Ob er diesen Willen dadurch betätigt, daß er selbst einsteigt, oder daß er, weil er aus irgend welchen Gründen nicht in der Lage ist, sich dazu eines Werkzeugs bedient, ist ganz gleichgültig. Der Kausalzusammenhang zwischen Täter und Erfolg wird auch dann nicht unterbrochen, wenn das Gesetz ein besonderes Handeln des Täters verlangt. Und wenn angeführt wird, daß bei Benutzung eines Werkzeugs die erhöhte Gefahr des Einsteigediebstahls nicht vorliege, so ist diese Ansicht ebenfalls irrig. Das Rechtsgut, das geschützt werden soll, ist durch Entgegenstellung von Hindernissen besonders gesichert. Die erhöhte Gefahr kann doch nur darin bestehen, daß selbst diese Sicherungen einen Angriff nicht zurückhalten konnten. Und wenn man z. B. zu diesem Angriff einen gefährlichen Geisteskranken benützt, so liegt das erhöhte Gefahrenmoment auf der Hand.[2]) Diese ganze Anschauung der Unübertragbarkeit von Tätigkeitshandlungen beruht auf der verfehlten Ansicht, daß die mittelbare Täterschaft sich als eine Uebertragung von Tatbeständen, eine Fiktion, darstellt. Der mittelbare Täter ist aber deswegen zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen, weil er selbst ein Verbrechen schuldhaft und rechtswidrig verursacht hat. Er haftet für seine eigene Handlung und für seine eigene Schuld. Mit Recht weist Petri[3]) darauf hin, daß bei einem Hausfriedensbruch, zu dem ein Deliktsfähiger einen Geisteskranken veranlaßt, zwar nicht der Deliktsfähige zum Verlassen des Hauses aufgefordert wird, er aber dafür haftet, daß eine rechtswidrige Beunruhigung im rechtlich geschützten Hausfrieden eingetreten ist.

Auf denselben Anschauungen der Uebertragung von Tatbeständen beruht auch die Ansicht, daß bei den sogen. Omissivdelikten mittelbare Täterschaft unmöglich ist.[4]) Das Wesen dieser Delikte fordert nach Ansicht dieser Schriftsteller eine gerade für den betreffenden Täter bestehende Gebotsnorm, und „damit ein in der Person des Täters obwaltendes jede mittelbare Täterschaft ausschließendes Verhältnis.“[5]) Ich sehe aber nicht ein, warum

[1]) Beling Lehre vom Verbrechen S. 238; Höpfner Z 22, 213. R. G. 24, 87.
[2]) Petri S. 43; Liszt-Schmidt § 50 Anm 10, 3; Clementz S. 55 ff.
[3]) S. 43.
[4]) Höpfner Z 22, 211; Borchert S. 107.
[5]) Borchert S. 107.

der A, der den B durch Herbeiführung eines Irrtums bestimmt, einem (für den B) bestehenden Gebot nicht nachzukommen, nicht als mittelbarer Täter zur Verantwortung gezogen werden soll Der mittelbare Täter wird nicht deswegen bestraft, weil er ein Gebot nicht befolgt, sondern deswegen, weil er einen strafrechtlichen Erfolg schuldbar verursacht hat.[1])

Und wenn vielfach behauptet wird, daß Sittlichkeitsdelikte nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können,[2]) weil die verursachende Persönlichkeit den strafbaren Tatbestand nicht selbst ausführt, so beruht auch diese Ansicht wieder auf einer falschen Auffassung von dem Wesen der mittelbaren Täterschaft. Binding führt im Gerichtssaal[3]) als Beispiel an: „So muß der Bruder, soll es zum Inzest kommen, sich mit der Schwester persönlich geschlechtlich vergehen, so hat, wer vielleicht, um den Gatten tötlich zu kränken, dessen geistesgestörte Frau verleitet hat, sich einem Dritten geschlechtlich preiszugeben, natürlich weder die eigene Ehe gebrochen, noch mit einer fremden Ehefrau konkubiniert.“ In dem ersteren Falle hat Binding zweifellos Recht. Wenn der A den Geisteskranken B veranlaßt, mit seiner (A's) Schwester in Geschlechtsverkehr zu treten, so liegt keine mittelbare Täterschaft vor. Der Grund hierfür liegt aber nicht darin, daß Sittlichkeitsdelikte nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können, sondern vielmehr darin, daß in diesem Falle der objektive Tatbestand des Delikts überhaupt nicht erfüllt ist. In dem zweiten Beispiel hat Binding ebenfalls insoweit Recht, als er sagt, daß, wer eine Ehefrau zum Beischlaf mit einem Dritten durch falsche Vorspieglungen veranlaßt hat, weder die eigene Ehe gebrochen noch mit einer anderen Ehefrau Geschlechtsverkehr gehabt hat. Trotzdem ist in diesen Fällen mittelbare Täterschaft möglich; denn der Veranlassende hat den Geschlechtsverkehr der Ehefrau verursacht, hat also verursacht, daß eine fremde Ehe gebrochen werde: Und wenn der Einwand geltend gemacht wird, daß dann ein Ehebruch zwischen zwei Männern vorliege, so ist demgegenüber zu sagen, daß die mittelbare Täterschaft keine Fiktion ist, sondern daß der mittelbare Täter für seine eigene verursachende Tätigkeit haftet. Und es wird sich wohl nicht leugnen lassen, daß er durch sein Verhalten einen Ehebruch verursacht hat. Dafür ist er zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen.

Mittelbare Täterschaft ist aber auch in den Fällen des § 176 Abs. 2 Str. G. B. möglich. Wenn z. B. eine Frau einen Mann

---

[1]) Petri S. 44; Winter S. 45.

[2]) Borchert S. 106; Binding G. S. 71, 5 u. 7; Olsh. Teil 1 Abschn. 3 Anm. 5 S. 196; Frank Vorbem. 3 Abschn. III. Wachenf. S. 198; Schwartz § 47 Anm. 2.

[3]) 71 S. 5 u. 7.

veranlaßt, den Beischlaf mit einem bewußtlosen Mädchen zu vollziehen, dessen Bewußtlosigkeit nur die Frau und nicht der Mann kennt, so bestehen meiner Ansicht nach keine Bedenken, die Frau wegen Schändung in mittelbarer Täterschaft zur Verantwortung zu ziehen. Die herrschende Meinung verneint dies mit der Behauptung, daß der Täter dieses Delikts nur ein Mann sein könne (Ebermayer Note 5 zu § 176; Schwartz Note 3 zu § 176 u. a.) Ich halte diese Behauptung für durchaus willkürlich. Nirgends macht der Gesetzgeber eine Einschränkung in dem Sinne, daß § 176 Abs. 2 St. G. B. nur von Männern begangen werden könne. (Liszt-Schmidt § 105, 2; Frank § 176 I, 2.) Schließlich ist noch der Fall zu erwähnen, bei dem der A den Geisteskranken B veranlaßt, mit seiner (B's) eigener Schwester Geschlechtsverkehr auszuüben. A ist hier mittelbarer Täter der Blutschande. Und wenn von der heute herrschenden Meinung dieses Ergebnis abgelehnt wird mit der Begründung, daß A ja niemals mit der B selbst Blutschande begehen könne, so kann ich auf die schon an früherer Stelle gemachten Ausführungen hinweisen. Die mittelbare Täterschaft ist keine Uebertragung von Tatbeständen, keine Fiktion, sondern eine Haftung für eigene Schuld.[1])

Schließlich wird von einer Reihe von Schriftstellern angeführt, daß die Eidesdelikte wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können.[2]) Der Täter des Meineids müsse seine eigenen falschen Aussagen durch seinen eigenen Eid bekräftigen. Wer dies nicht selbst tue, könne unmöglich wegen Meineids strafrechtlich verfolgt werden. Wenn wir uns fragen, ob dieser Standpunkt richtig ist, müssen wir untersuchen, welches Interesse der Staat an der Bestrafung des Meineides hat. Der Eid ist in unserem heutigen Rechtssysteme eines seiner bedeutendsten Eckpfeiler. Viele Urteile in Zivil- und Strafsachen bauen sich auf geleisteten Eiden auf. Zahllose Fehlsprüche können durch meineidige Aussagen hervorgerufen werden, so daß man wohl sagen darf, die strenge Bestrafung des Meineides beruht auf seiner starken Gefährdung der Rechtspflege und der gesamten Ordnung des Staates. Wenn wir nun sehen, daß das Rechtsgut, das durch die strengen Strafnormen gegen den Meineid geschützt werden soll, die Rechtspflege und die Staatssicherheit ist, so muß es uns eigenartig berühren, daß das geltende Recht in dem § 160 St. G. B. den Verleiter zum Falscheide einer mil-

---

[1]) Petri S. 44/45; Winter S. 36; Meyer Allf. S. 215; Liszt-Schm. § 50, 3 u. Anm. 12; Finger 1, 337; Hergt 160/161; Wachenf. I 40, 144.

[2]) Borchert S. 106; Olsh. Teil 1, Abschn. 3 Anm. 5 S. 196; Binding G. S. 71 S. 6; R. G. 37, 92 ff. Höpfner I 22 S. 207 ff.; Frank 1. Teil 3. Abschn.; Wachenf. S. 198; Schwartz § 47 Anm. 2; Meyer Allfeld 215; Liszt-Schm. § 50, 3.

deren Bestrafung unterwirft. Dieser § 160 St. G. B. ist meiner Ansicht nach etwas Widersinniges. Wer die Rechtssicherheit des Staates durch meineidige Aussagen gefährdet, ist als Täter zu bestrafen ganz gleichgültig, ob er selbst die Aussagen vor Gericht macht, oder ob er durch einen anderen Menschen eine falsche Aussage herbeiführt. Ich sehe daher keinen Grund, warum bei den Eidesdelikten mittelbare Täterschaft nicht möglich sein soll. Das geltende Recht hat jedoch gegen diese Ansicht entschieden. Es zwingt uns, wie Winter[1]) mit Recht bemerkt, den Verleiter zum Falscheide milde zu bestrafen, während er die Strafe, die auf Meineid steht, verdient hat[2]) Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß Binding Unrecht hat, wenn er behauptet, daß bei bestimmten Verbrechen mittelbare Täterschaft nicht möglich ist. Alle Deliktstatbestände können in mittelbarer Täterschaft begangen werden.

Ich bin am Schlusse meiner Ausführungen angelangt. Ich habe mich bemüht nachzuweisen, daß sich die mittelbare Täterschaft als kein künstliches Gebilde, als keine Fiktion, als keine Uebertragung von Tatbeständen darstellt, sondern daß sie nichts weiter ist als echte Täterschaft. Auf dieser Feststellung aufbauend, habe ich die verschiedenen Fragen der mittelbaren Täterschaft zu untersuchen versucht. Möge die Erkenntnis des Wesens der mittelbaren Täterschaft dazu beitragen, in der praktischen Strafrechtspflege die wahren Urheber strafbarer Handlungen zu erfassen, jene „Hintermänner“, die kriminalpolitisch weit gefährlicher sind alsdie ausführenden Werkzeuge fremder Gedankengänge.

---

[1]) Winter S. 37.

[2]) Winter S. 37; Petri S. 47 früher auch Liszt-Schmidt § 50 Anm. 3 in Anlehnung an Helldorf Diss. Halle 1895.

Lebenslauf.

Am 26. Juni 1903 wurde ich in Bielschowitz, — jetzt Polnisch-Oberschlesien, — als Sohn des Hüttendirektors Ober-Bergrat Hugo Weber und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Baum geboren. Meine erste Schulbildung erhielt ich auf dem Königin Luisegymnasium zu Zaborze. Im Jahre 1916 trat ich in das Kadettenkorps ein, war zunächst in Wahlstatt bei Liegnitz und von Ostern 1918 ab in Berlin-Lichterfelde. Ostern 1919 bat ich um meine Entlassung, besuchte dann das Realgymnasium zu Lüben und legte dort Ostern 1922 die Reifeprüfung ab. Darauf war ich zu meiner kaufmännischen Ausbildung von April 1922 bis März 1923 als Volontär bei der Linke-Hofmann-Lauchhammer-Aktiengesellschaft, Abt. Füllnerwerk in Bad Warmbrunn i. Riesengebirge tätig. Von dem Sommersemester 1923 ab studierte ich an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 23. und 24. Juli 1927 bestand ich das Referendarexamen, am 10. November 1927 die mündliche Doktorprüfuug. Seit dem 9. August 1927 bin ich bei der Staatsanwaltschaft, dem Amts- und Landgericht in Gleiwitz tätig.

Es gereicht mir zur besonderen Ehre, Herrn Professor Dr. Paul Heilborn-Breslau für die liebenswürdig· Berichterstattung über die vorliegende Arbeit meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.